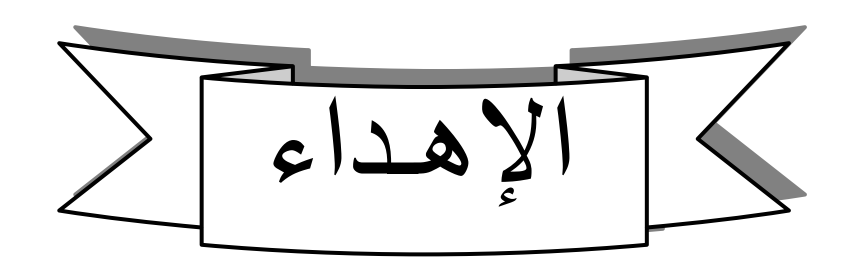
نوقشت هذه الرسالة وأجيزت بتاريخ ٥ / ٨ / ٢٠٠١ م

أعضاء لجنة المناقشة	**التوقيع**
١. الأستاذ الدكتور محمد حسن أبو يحيى " مشرفاً "	
٢. الأستاذ الدكتور محمد عقلة الإبراهيم " عضواً "	
٣. الأستاذ الدكتور علي الصوا "عضواً "	
٤. الدكتور عبدالله الكيلاني " عضواً "	



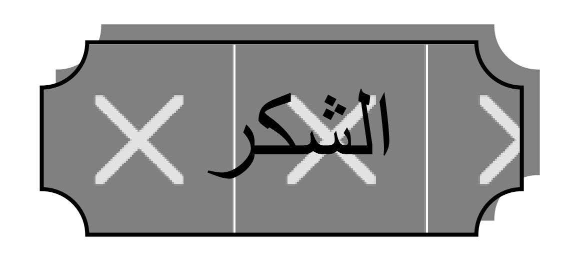
إلى العلماء العاملين في ميدان الدعوة

إلى المجاهدين الذين يقدمون أرواحهم فداء للإسلام

إلى كل من يعمل لكي يعود الإسلام إلى أرض الواقع

بعدما فسدت الأرض

إلى هؤلاء أقدم ثمرة هذا العمل



الشكر والحمد أولاً لله تعالى على التوفيق والهداية والإنعام والتفضل.

ثم أقدمه إلى مشرفي الأستاذ الدكتور محمد حسن أبو يحيى ،على ما أولاه من عناية، ورعاية، وتوجيهات كان لها الأثر البالغ في خروج هــذا العمل إلى حيز الوجود .

وأقدمه أخيراً إلى الأساتذة الفضلاء الذين تفضــلوا بمناقشــة هــذه الرسالة، وأسدوا الملاحظات والتوجيهات الكريمة.

المحتويـــــات

ملخص

أحكام تتابع التصرفات على المحل الواحد في المعاملات

-دراسة فقهية مقارنة-

إعداد

عماد عيسى جمعة "الزرو التميمي"

إشراف

أ .د محمد حسن أبو يحيى

يعالج الموضوع حالة من حالات التعاقد المالي في باب المعاملات في الفقه الإسلامي.

وتتمثل هذه الحالة، بقيام أحد المتعاقدين بإنشاء عقد جديد على ذات المحل المعقود عليه أصلاً.

وقد يكون التصرف العقدي التالي مشابهاً في مضمونه وشكله للتصرف العقــدي الأول، وقد يخالفه.

وقد عالجت الدراسة عدداً من العقود المالية، التي يحتمل شكلها ومضمونها قيام التتــابع فيها.

وقد أوضحت الدراسة اختلاف الفقهاء في إصدارهم الأحكام على تلك الحــالات ســواء بالإجازة أو بالمنع، مع ترجيح ما يراه الباحث صواباً.

وقد عالجت كذلك المسائل المتعلقة بالضمان حال التتابع في العقود المبحوثة.

وتوصلت الدراسة إلى ضوابط تتعلق بإجازة التصرفات التالية أو منعها، وأخرى تتعلق بالضمان.

وفتحت الدراسة آفاقاً جديدة للعاملين والباحثين في مجال الاقتصاد الإسلامي والمؤسسات المالية والمصرفية التي تعمل وفق الشريعة الإسلامية.

أحكام الاختلاف بين المتعاقدين في الشريعة

إعداد
وفاء عبد المعطي خلوي خضير

المشرف
الدكتور عارف أبو عيد

قدمت هذه الأطروحة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الدكتوراه في الفقه وأصوله

كلية الدراسات العليا
الجامعة الأردنية

آب ٢٠٠٤

قرار لجنة المناقشة

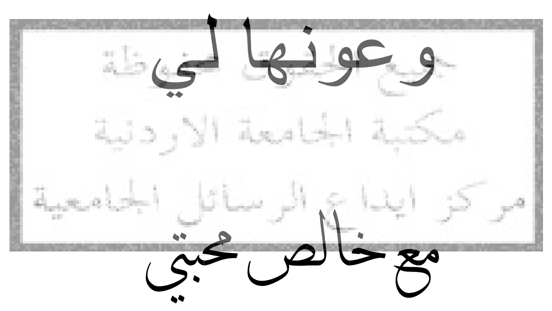
أحكام الاختلاف بين المتعاقدين في الشريعة

نوقشت هذه الرسالة وأجيزت بتاريخ / /٢٠٠٤

أعضاء لجنة المناقشة			**التوقيـــــــــع**
الدكتور	عارف أبو عيد	(مشرفاً)	....
أستاذ مشارك في الفقه المقارن			
الأستاذ الدكتور	محمد نعيم ياسين	(عضواً)	....
أستاذ في الفقه المقارن			
الأستاذ الدكتور	محمود السرطاوي		....
أستاذ مشارك في الفقه المقارن			
الدكتور	أحمد السعد	(عضواً)	....
أستاذ مشارك في جامعة اليرموك			

الإهـــداء

إلى والديّ الكريمين - أمدّ الله في عمرهما –
على ما بذلا من جهد وحب ورعاية
وإلى صديقتي الغالية فاديا على جهدها
وعونها لي



مع خالص محبتي

الباحثـــــة

شكــر وتقديــــــر

قال تعالى: [ومن يشكر فإنما يشكر لنفسه] [١]

فالشكر لله الرحمن الرحيم أولاً وأخيراً، فلولا عظيم فضله لما خرجت هذه الرسالة إلى حيز الوجود.

ثم أثنــي بالشكر إلى حضرة الدكتور عارف أبو عيد- جزاه الله عز وجل كل الخير-، الذي أشرف على الرسالة، والذي حرص على التوجيه، والإرشاد أثناء كتابة هذه الرسالة.

والشكر إلى أساتذة كلية الشريعة هيئة وعمادة

وأتقدم بالشكر إلى من تفضلوا بمناقشة هذه الرسالة

وكذلك الشكر لكل من أسهم في مساعدتي لإنجاز هذا البحث

إلى هؤلاء جميعاً خالص شكري وتقديري واحترامي

الباحثة

---

(١) سورة لقمان: ١٢

فهرس المحتويات

الموضـــــوع	الصفحة

أحكام الاختلاف بين المتعاقدين

إعداد
وفاء عبد المعطي خلوي خضير

المشرف
الأستاذ الدكتور عارف أبو عيد

ملخـــــص

تناولت هذه الدراسة موضوع أحكام الاختلاف بين المتعاقدين، هادفة إلى إظهار سبل حل الخلاف بينهما إذا طرأ خلاف ما على العقد.

ونظراً لتعدد مجالات الاختلاف، فقد تم تقسيم الدراسة إلى ثمانية فصول.

وفي الفصل الأول تم بيان معنى العقد والاختلاف، وبيان بعض طرق حسم الخلاف بين المتعاقدين كالقضاء والتحكيم.

وبحثت في الفصل الثاني بعضاً من أحكام الاختلاف في أصل العقد، مع بيان كيفية حل الخلاف فيما لو ادعى أحدهما بطلان العقد أو فساده والآخر صحته.

وفي الفصل الثالث فيما لو اختلفا في اللفظ، بأن كان اللفظ يحتمل أكثر من معنى أو يستخدم عرفاً للدلالة على أمر ما.

وفي الفصل الرابع فيما لو اختلفا في المعقود عليه سواء في عقود المعاوضات أو المشاركات أو التوثيقات، مع بيان كيفية التحالف وأثره على العقد.

وأما الفصل الخامس فيما لو اختلفا في الأجل أو الشرط.

وفي الفصل السادس تم بيان أحكام الاختلاف بين المتعاقدين فيما لو ظهر عيب في المعقود عليه، سواء أكان الاختلاف في زمن حدوثه أو في العلم به.

وأما الفصل السابع فقد تناول أحكام الاختلاف في عقدين وهما عقد النكاح وعقد الإذعان، لما لهذين العقدين من أحكام خاصة.

وعرفت في الفصل الثامن معنى الهزل والصورية وتناولت بعضاً من أحكامهما مع بيان أثر ذلك على العقد.

ز

المقدمة:

أن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره ونصلي ونسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

أما بعد:

من رحمة الله علينا أن أنزل شريعة صالحة لكل زمان ومكان، قادرة على استيعاب القضايا بكافة أنواعها المتجددة، عادلة عند التحاكم لديها حتى مع غير معتنقيها، فالذي أنزلها هو خالق البشر جميعا، وهو أعلم باحتياجاتهم وأقدر على تحقيق مصالحهم في الدنيا والآخرة.

وبخلاف ذلك القوانين الوضعية، فالناظر فيها يجدها في تبدل وتغير مستمرين، فما من قانون بشري إلا وعدل أو ألغي لتغير مصالح من وضعه أو لقصوره عن تحقيق الحياة الكريمة لفئة بحرمان فئة أخرى.

كما أن الشريعة الإسلامية شملت جميع جوانب الحياة الإنسانية، فنظمت علاقة الإنسان بخالقه عن طريق العبادات، ونظمت علاقة الإنسان بأخيه الإنسان عن طريق المعاملات وغير ذلك.

وما من جانب اهتمت الشريعة به إلا وظهرت عظمة الخالق في تنظيم محكم وتناسق مبدع، فجمعت بين التعامل المادي والسمو الإنساني، فشرعت في تنظيم أحكام التعامل المالي ضمن إطار أخلاقي، مبعثه تقوى الله والحرص على النجاة في الآخرة.

ومع أن الشريعة الإسلامية بينت أركان وشروط التعامل المالي بين الناس صيانة لحقوقهم ومنعا من النزاع والخلاف، إلا أن النفوس البشرية ذات طباع متفاوتة، وقد يحكمها الهوى والمصلحة إن لم يحكمها ضابط تشريعي ملزم في بعض الأحوال كالقضاء.

وفي جانب العقود وضحت الشريعة ما ينبغي أن يكون عليه التعاقد من علم بالمعقود عليه، وان تعذر فمن خلال وصفه مع إثبات خيار للمتعاقد عند رؤيته ونحو ذلك.

إلا أنه قد يدّعي أحد أطراف العقد أنه غبن لظنه أن المعقود عليه أقل مما يطالب به الطرف الآخر أو أكثر، وغير ذلك من ادّعاءات يحرص كل طرف فيها على إظهار أن الحق له، ولو أن لأحدهما بينة لاندفعت الخصومة، إلا أن أكثر الخصومات تفتقر إلى البينات لكثرة التعاملات بين الناس، فما من امرئ إلا باع أو اشترى أو رهن ونحو ذلك.

وقد تناولت في هذا البحث بعضا من أحكام الاختلاف بين المتعاقدين، خاصة وأن بعضا من الأحكام يمكن تعميمها على عقود أخرى غير ما ذكر لتشابه بينها، كما أن الحكم قد يكون خاصا بعقد بعينه لخصوصية في ذلك العقد.

وقد وجدت بعضا من هذه الأحكام متناثرة في كتب الفقهاء القدامى تحت مسميات عدة، كالبيوع أو الإجارة أو الرهن ونحو ذلك، كما أن منها ما قد يندرج في باب القضاء كالدعوى والتحالف.

لذلك كان المنهج دراسة ما ورد في كتب الفقهاء، بأخذ الرأي المدعّم بالدليل، ومقابلة الآراء الفقهية مع محاولة الترجيح بينها.

وعلى كثرة القضايا الفرعية التي تناولتها كتب الفقهاء إلا أنه تم الاقتصار على القضايا التي حدث فيها اختلاف بين الفقهاء، وانه لم يتم الأخذ بما تفرّد به مذهب واحد إلا ما استلزم البحث ذلك.

ونظرا لتعدد جوانب الاختلاف بين المتعاقدين، فلم يتم تقسيم موضوع البحث بحسب مسميات العقود، وإنما جمع ما تشابه منها وإدراجه تحت مجال محدد قد يتناوله الاختلاف، مع استثناء عقدي النكاح والإذعان لما لهما من أحكام خاصة يصعب الحكم عليهما من خلال عقود أخرى.

وقد وجد من تناول بعضا من أحكام الاختلاف بين المتعاقدين، غير الفقهاء القدامى ومنهم:

السمناني في كتابه روضة القضاة وطريق النجاة، إلا أنه اقتصر على بيان رأي المذهب الحنفي دون التعرض للأدلة إلا قليلا.

وكذلك دراسة معاصرة قام بها د.صالح بن محمد السلطان بعنوان أثر اختلاف المتبايعين على عقد البيع، إلا أن هذه الدراسة اقتصرت على عقد البيع ولم تتعداها إلى غيرها من العقود.

محتوى البحث:

تم تقسيم هذا البحث إلى ثمانية فصول كما يلي:-

المطلب الثاني:اختلاف المتعاقدين في محل عقد الإجارة.

المبحث الثاني: اختلاف المتعاقدين في محل العقد في عقود المشاركات.

المبحث الثالث:اختلاف المتعاقدين في محل العقد في عقود التوثيقات.

المبحث الرابع: اختلاف المتعاقدين في محل العقد في عقود التبرعات.

المطلب الأول: الإعارة.

المطلب الثاني: الهبة.

الفصل الخامس: الاختلاف في الأجل والربح والشرط والقبض والتسليم والرد والرؤية.

المبحث الأول: الاختلاف في الأجل.

المبحث الثاني: الاختلاف في القبض والتسليم.

المبحث الثالث: الاختلاف في الشرط والرد.

الفصل السادس: الاختلاف في العيب.

المبحث الأول: تعريف العيب وأثره.

المبحث الثاني: أحكام الاختلاف في العيب.

الفصل السابع: الاختلاف في عقود معينة:

المبحث الأول: عقد النكاح.

المبحث الثاني: عقد الإذعان.

الفصل الثامن: الاختلاف في صورية العقد.

المبحث الأول: التلجئة.

المبحث الثاني: الهزل والصورية.

وفي الختام أسأل الله عز وجل أن يلهمني الصواب في القول والعمل، وأن يجعل هذه الدراسة في ميزان حسناتي يوم القيامة.

الباحثة

الفصل الأول

تعريف العقد والاختلاف

وطرق حسم الخلاف

المبحث الأول

تعريف العقد والاختلاف

شرعت العقود تلبية لحاجات الناس، ولرفع الحرج والمشقة عنهم، فالعقود وإن كان منشؤها إرادة المتعاقدين، إلا أن الشارع جعلها تفضي إلى آثارها بذواتها[١].

إلا أنه قد يحصل اختلاف بين المتعاقدين لشعور أحدهما بعدم الرضا عما حققه من التعاقد، نتيجة فقدان صفة أو ظهور نقص في المبيع أو الثمن، وغير ذلك مما يستوجب إصدار حكم لرفع النزاع الحاصل بينهما.

فالحُكمْ في اللغة: القضاء بالعدل، وجمعه أحكام[٢].

والحُكمْ أيضاً الفصل والبت والقطع على الإطلاق[٣].

فوقوع نزاع واختلاف بين المتعاقدين يستلزم الفصل والبت والقضاء بالعدل بينهما.

وقبل الشروع في بيان آلية إزالة ورفع الخلاف بين المتعاقدين، لا بد من بيان معنى العقد، وبيان المقصود من اختلاف المتعاقدين.

المطلب الأول

تعريف العقد

في اللغة:

العَقْد: نقيض الحل، والجمع عقود[٤].

---

(1) الدريني، محمد فتحي، (١٩٩٤). بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله. (ط١). بيروت: مؤسسة الرسالة، ج٢، ص٤١٢

(2) ابن منظور، أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرّم، (١٩٩٢). لسان العرب. (ط٢). بيروت: دار إحياء التراث العربي، المجلد الثالث، ص٢٧٢.

(3) أبو البقاء، أيوب بن موسى الكفوي، (١٩٩٢). الكليات. (ط١). بيروت: مؤسسة الرسالة، ص٣٨٠.

(4) ابن منظور، لسان العرب، المجلد التاسع، ص٣٠٩.

ومنه قوله تعالى: (يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود)[1].

و(عَقَد) الحبل والبيع والعهد يعقُده شدّه وعُنُقه إليه.

والعقُد: الضمان والعهد[2].

والعقد ما يمسكه ويوثقه، ومنه قيل عقدت البيع ونحوه، وعقدت اليمين وعقدتها بالتشديد توكيد، وعقدة النكاح وغيره إحكامه وإبرامه[3].

ويطلق أيضاً على الجمع بين أطراف الشيء.

ويستعمل ذلك في الأجسام الصلبة كعقد الحبل، ثم يستعار ذلك للمعاني نحو عقد البيع والعهد وغيرهما[4].

في الاصطلاح:

لا يبعد معنى العقد في اصطلاح الفقهاء عن معناه اللغوي[5]، فالعقد عندهم يطلق على معنيين:-

أ- المعنى العام:

ويقصد به كل ما يعقده العاقد على أمر يفعله هو، أو يعقد على غيره فعله على وجه إلزامه إياه.

وهو ما ذهب إليه الجصاص[6]؛ لأن العقد في اللغة الشد، ثم نقل إلى الإيمان والعقود، فسمي اليمين على المستقبل عقداً؛ لأن الحالف قد ألزم نفسه الوفاء به بما حلف عليه من فعل أو

(1) سورة المائدة: ١.

(2) الفيروز أبادي، مجد الدين محمد بن يعقوب الشيرازي. (١٩٨٣). القاموس المحيط. بيروت: دار الفكر، فصل العين باب الدال، ج١، ص٣١٥.

(3) الفيومي، أحمد بن محمد بن علي المقري. (١٩٢١) المصباح المنير. (ط٤). القاهرة المطبعة الأميرية، ج٢، ص٥٧٥.

(4) الأصفهاني، أبو القاسم الحسين بن محمد. (١٩٦١). المفردات في غريب القرآن. (ط أخيرة). مصر: مطبعة مصطفى البابي الجلبي وأولاده، ص٣٤١.

(5) أبو زهرة، محمد، (١٩٧٧). الملكية ونظرية العقد، القاهرة: دار الفكر العربي، ص١٩٩، سراج، محمد، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، ص١٤.

(6) الجصاص، أبو بكر أحمد بن علي الرازي، (١٩٩٤). أحكام القرآن. (ط١)، بيروت: دار الكتب العلمية، ج٢، ص٣٧٠.

ترك، وسمي البيع وسائر عقود المعاوضات عقوداً؛ لأن كل واحد من طرفي العقد قد ألزم نفسه الوفاء به، وكذلك العهد والأمان.

وذكر الطبري[١] في تفسيره للآية الكريمة: (يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود)[٢] أن أهل التأويل قد أجمعوا على أن معنى العقود العهود، إلا أنهم اختلفوا في العقود التي أمر الله عز وجل عباده بالوفاء بها.

إلا أن الألوسي[٣] أورد أن هناك من فرّق بين العقد والعهد، بأن العقد فيه معنى الاستيثاق والشد، ولا يكون إلا بين اثنين، وأما العهد فقد يتفرد به واحد.

وذهب بعض علماء التفسير إلى أن معنى العقد يعم جميع ما ألزم الله عباده وعقد عليهم من التكاليف والأحكام الدينية، وما يعقدونه فيما بينهم من عقود الأمانات والمعاملات ونحوهما مما يجب الوفاء به[٤].

فيتبين من المعنى العام أن كل تصرف قولي[٥] ينشأ عنه حكم شرعي، يطلق عليه لفظ العقد، سواء كان صادراً من طرف واحد كالنذر، أم صادراً من طرفين كالبيع[٦]، وهو ما ذهب

(1) الطبري، أبو جعفر محمد بن جرير، (١٩٩٩). تفسير الطبري. (ط٣)، بيروت: دار الكتب العلمية، م٤، ص٣٨٥.

(2) سورة المائدة١.

(3) الألوسي، أبو الفضل شهاب الدين السيد محمود. روح المعاني في تفسير القرآن العظيم، بيروت: دار الفكر، ج٦، ص٤٨.

(4) المصدر نفسه (٦، ٤٨).

(5) التصرف: هو كل ما يصدر عن الشخص بإرادته من قول أو فعل، رتب عليه الشرع أثراً من الآثار، وهو نوعان: قولي وفعلي.

أما التصرف القولي فهو نوعان: عقدي كالبيع، وغير عقدي كالإقرار.

وأما التصرف الفعلي كتسليم المبيع وقبض الثمن.

فالتصرف أعم من العقد؛ لأنه يتناول ما كان بإرادتين وما كان بإرادة واحدة، كما يتناول ما كان منشئاً لحق أو منهياً له كالطلاق، أو مسقطاً له كالإبراء، وكذلك يتناول ما لم يكن فيه شيئاً من ذلك كما في الإقرار.

الزحيلي، وهبة، (١٩٨٤)، الفقه الإسلامي وأدلته. (ط١). دمشق: دار الفكر، ج٤، ص٢٨٣، وحسين، أحمد فراج، الملكية ونظرية العقد، (ط١)، القاهرة: مؤسسة الثقافية الجامعية. ص١٤١.

(6) سراج، نظرية العقد، ص١٤

إليه الإمام ابن تيمية[١]، حيث يطلق على الأيمان والنذور لفظ العقود؛ لأن الإنسان قد عقدها على نفسه.

والآية الكريمة: (يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود)[٢] تتضمن العموم في إيجاب الوفاء بجميع ما يشرطه الإنسان على نفسه، ما لم تقم دلالة تخصصّه[٣].

ب- المعنى الخاص:

ويقصد به ربط أجزاء التصرف بالإيجاب والقبول شرعاً[٤].

وقد ذهب إلى هذا المعنى معظم الفقهاء.

فعند الحنفية[٥] المراد بالعقد مطلقاً مجموع إيجاب أحد المتكلمين مع قبول الآخر.

وكذلك المالكية[٦]، فالعقود هي كل ما تتوقف على إيجاب وقبول.

وأما الشافعية[٧]: فالعقد هو ارتباط الإيجاب بالقبول الإلتزامي كعقد البيع.

وعرّفه صاحب مرشد الحيران[٨] بأنه عبارة عن ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه.

كما في عقد البيع، فثبوت الأثر في المعقود عليه يعني انتقال ملكية المبيع للمشتري، واستحقاق البائع الثمن في ذمة المشتري.

والذي يظهر أن المعنى الخاص للعقد فيه من الدقة ما يجعله محدداً متميزاً عن غيره،

---

(1) ابن تيمية، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم الحراني، نظرية العقد، بيروت: المعرفة، ص٢١.

(2) سورة المائدة١.

(3) الجصاص، أحكام القرآن (٢، ٣٧٠).

(4) الجرجاني، علي محمد السيد الشريف (١٩٩١)، التعريفات، القاهرة: دار الرشيد، ص١٧٥

(5) ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد، (١٩٩٥)، شرح فتح القدير. (ط١). بيروت: دار الكتب العلمية، ج٣، ص١٧٧.

(6) الدسوقي، شمس الدين الشيخ محمد عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، ج٣، ص٥.

(7) الزركشي، أبو عبدالله بدر الدين محمد بن بهادر بن عبدالله، (٢٠٠٠)، المنثور في القواعد، (ط١). بيروت: دار الكتب العلمية، ج٢، ص١٢٢

(8) قدري، محمد باشا، (١٩٨٧)، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان. (ط١). الأردن: الدار العربية للتوزيع والنشر، ص٧٢، المادة٢٦٢

فتنضبط أحكامه، فلا يلتبس بغيره كالتصرفات ذات الإرادة المنفردة، فمتى أطلق لفظ (عقد) دلّ على وجود إرادتين.

فالغاية من التعريفات ضبطها بإطار محدد، يفهم المراد منه عند التلفظ بها، وهو ما تحقق بالمعنى الخاص للعقد.

وقد ظهر هذا التميّز من خلال تعريف مرشد الحيران للعقد، فقد تم ضبطه وتميزه عما سواه، مع أخذه بما سبق من تعريفات الفقهاء.

وأما في القانون:

فقد عرَّف السنهوري[1] العقد: بأنه توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني، سواء كان هذا الأثر هو إنشاء التزام، أو نقله، أو تعديله، أو إنهاءه.

كعقد البيع، حيث يُنشئ التزامات لم تكن موجودة من قبل، وأما الحوالة فتنقل الالتزام من دائن إلى دائن، أو من مدين إلى مدين.

والاتفاق على إضافة شرط هو تعديل للالتزام، وأما الوفاء به فهو إنهاؤه.

وقد عقب الشيخ الزرقا[2] على التعريف القانوني للسنهوري بأنه يعرّف العقد بواقعته المادية وهي الاتفاق أو تلاقي الإرادتين.

أما تعريف الفقه الإسلامي (ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله) فهو يعرّف العقد بواقعته الشرعية، إذ أن العقد لا قيمة فيه للوقائع المادية في سبيل تكوينه لولا الاعتبار الذي يسبغه عليه الشارع، وهذا المعنى يتحقق في كلمة (ارتباط) وتؤكده عبارة (على وجه مشروع).

ثم أن التعريف القانوني يشمل العقد الباطل؛ لأن فيه اتفاق إرادتين وإن لم يحصل فيه ارتباط في نظر القانون.

أما تعريف الفقه الإسلامي فلا يشمل إلا أنواع العقد المنعقد؛ لأن الباطل لا وجود له شرعاً.

---

(1) السنهوري، عبد الرزاق أحمد، (١٩٦٦)، الوجيز في شرح القانون المدني، القاهرة: دار النهضة، ص٢٧.

(2) الزرقا، مصطفى أحمد، (١٩٦٩)، القانون المدني السوري، ص٢٢ وما تليها

فتعريف الفقه الإسلامي أدق تصوراً من التعريف القانوني، وإن كانت نتيجتها من حيث المآل واحدة سوى شمول العقد الباطل في التعريف القانوني[١].

وأما القانون المدني الأردني[٢]، فقد عُرِّف العقد في المادة (٨٧) بأنه: ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للآخر.

وقد ذُكر في المذكرة الإيضاحية أن هذا التعريف اعتمد على المادة (١٠٣) من مجلة الأحكام العدلية والتي نصها: (العقد التزام المتعاقدين وتعهدهما أمراً وهو عبارة عن ارتباط الإيجاب والقبول)[٣].

ولكن المتتبع لذلك يرى أن تعريف القانون المدني الأردني اعتمد على ما ذكره مرشد الحيران بأن العقد عبارة عن ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه.

إلا أنه أضاف القانون المدني الأردني كلمة (وتوافقهما) مع أن كلمة (ارتباط) دلّت على التوافق، وأما عبارة (ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للآخر) زيادة؛ لأنه بانعقاد العقد ترتبت هذه الالتزامات.

المطلب الثاني

تعريف الاختلاف

سبق أن ذكر معنى العقد، أما الاختلاف:

ففي اللغة:

تخالف الأمران واختلفا: لم يتفقا.

وكلّ ما لم يتساو، فقد تخالف واختلف[٤].

---

(1) المصدر نفسه، ص٢٤.

(2) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني، (١٩٨٥)، إعداد المكتب الفني، ج١، ص٩٣.

(3) باز، سليم رستم، (١٩٢٣)، شرح المجلة. (ط٣)، بيروت، المطبعة الأدبية، ص٦٤-٦٥.

(4) ابن منظور، لسان العرب، (٤، ١٨٨).

وهو لفظ مشترك بين معان، يقال: هذا الكلام مختلف؛ إذا لم يشبه أوله آخره في الفصاحة، أو في بعضه على أسلوب مخصوص في الجزالة وبعضه على أسلوب يخالفه[1]؛ لذلك قال تعالى: (ولو كان من عند غير الله لوجدوا فيه اختلافاً كثيراً)[2].

ويقال: تخالف القوم واختلفوا: بأن يأخذ كل واحد طريقاً غير طريق الآخر في حاله أو قوله.

والمصدر الاختلاف، وهو ضد الاتفاق.

ولما كان الاختلاف بين الناس في القول قد يقتضي التنازع، استُعير ذلك اللفظ ليدل على المنازعة والمجادلة[3].

وأما الخلاف:

فهو المضادة، يقال: قد خالفته مخالفة وخلافاً[4].

وإن كان الخلاف أعم من الضد؛ لأن كل ضدين مختلفان، وليس كل مختلفين ضدين[5].

وذكر الكفوي[6] أن الخلاف ما لا يستند إلى دليل، وأما الاختلاف فيستند إلى دليل.

في الاصطلاح[7]:

الاختلاف: أن ينهج شخصان فأكثر منهجين متغايرين في التعامل مع شيء من الأشياء، سواء أكان ذلك الشيء رأياً أم قولاً أم موقفاً، وذلك بناء على اعتبارات وقناعات ومنطلقات معيّنة، رآها أحدهما صحيحة، ورآها الآخر خطأ.

فالمعنى اللغوي والاصطلاحي متقاربان، وبذلك يمكن القول بأن اختلاف المتعاقدين يقصد به:

---

(1) أبو البقاء، أيوب بن موسى الكفوي، (١٩٩٢)، الكليات. (ط١). بيروت: مؤسسة الرسالة، ص٦٠

(2) سورة النساء: ٨٢.

(3) الفيروز أبادي، مجد الدين محمد بن يعقوب الشيرازي، بصائر ذوي التمييز في لطائف، بيروت: المكتبة العلمية، ج٢، ص٥٦٢ وما تليها.

(4) ابن منظور، لسان العرب (٤، ١٨٧)

(5) الأصفهاني، المفردات في غريب القرآن ص١٥٦.

(6) الكفوي، الكليات ص٦١.

(7) سانو، قطب مصطفى، (٢٠٠٠)، معجم مصطلحات أصول الفقه. (ط١). دمشق: دار الفكر، ص٤٥.

أن أحد المتعاقدين يرى أن العقد ينبغي أن يتم تنفيذه بطريقة تختلف عما يراه المتعاقد الآخر، أو يرى أحدهما أن العقد فاسد والآخر يراه صحيحاً فيطالب بتنفيذه.

على أن هذا الاختلاف نشأ بينهما بعد التعاقد؛ لأن لفظ (متعاقدين) دلّ على أن العقد قد تم، ثم ظهر الاختلاف إما على صفة أو شرط أو غير ذلك في حدود ونطاق ما يقتضيه التعاقد.

وبذلك فإن هذا التعريف لا يتحقق فيما لو اختلفا في أصل العقد، بأن إدّعاه أحدهما وأنكره الآخر، ولا بينة لأحدهما، لعدم إثبات وجود عقد يجمعهما كمتعاقدين.

المبحث الثاني

طرق حسم الخلاف بين المتعاقدين

قد يقع خلاف بين المتعاقدين بأن يدّعي أحدهما أمراً ينكـره الآخـر، فيلجـأ المتعاقـد المتضرر إلى استخدام الوسائل المشروعة لإثبات حقه، ولرفع الضرر عنه.

وقد ذكر الفقهاء[١] عدة وسائل لإثبات الحق ورفع الضرر منها:-

١- القضاء.

٢- التحكيم.

٣- الصلح.

المطلب الأول

القضاء

يعد القضاء من الوسائل الأكثر أهمية وشيوعاً في فض النزاع بين الناس.

ومعنى القضاء في اللغة[٢]: الحُكم، ومنه قوله تعالى: (وقضى ربك ألا تعبدوا إلا إياه)[٣] وقد يكون بمعنى الأداء والإنهاء، ومنه قوله تعالى: (وقضينا إليه ذلك الأمر)[٤] أي أنهيناه إليـه وأبلغناه ذلك.

---

(1) الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود، (١٩٨٦). بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. (ط٢). بيروت: دار الكتب العلمية، ج٧، ص٢.
ابن فرحون، برهان الدين أبو الوفاء إبراهيم (١٣٠١هـ)، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام. (ط١). مصر: المطبعة العامرة.
الشربيني، شمس الدين محمد بن محمد الخطيب (١٩٥٨)، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، مصر: شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الجلبي وأولاده، ج٤ ص٣٧٨،٣٧٢.
الرحيباني، مصطفى السيوطي، (١٩٦١)، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى. (ط١). دمشق: المكتب الإسلامي، ج٦، ص٤٥٣.

(2) الرازي، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر، مختار الصحاح، البراعم للإنتاج الثقافي، ص٢٢٦

(3) سورة الإسراء: ٢٣.

(4) سورة الحجر: ٦٦.

وأما اصطلاحاً:

فللفقهاء عدة تعريفات تظهر مقصد القضاء والهدف منه:

فقد عرفه الحنفية[١] بأنه فصل الخصومات وقطع المنازعات.

وأما المالكية[٢] فهو إخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام.

ولا يختلف هذا عن تعريف الشافعية[٣] بأنه إلزام ممن له الإلزام في الوقائع المخصوصة بحكم الشرع.

وعند الحنابلة[٤] فهو تبيين الحكم الشرعي والإلزام به وفصل الخصومات.

فعن طريق القضاء يتم حسم النزاع وإلزام الخصم بالحكم، إلا أن سلطة القاضي في إصدار حكم على مسألة متنازع فيها يسبقها رفع دعوى من قبل أحد المتنازعين، ويقصد بالدعوى[٥]: قول يطلب به الإنسان إثبات حق على الغير في مجلس القضاء أو المحكم.

وشرعيتها كما ذكر الكفوي[٦] ليس لذاتها بل لانقطاعها دفعاً للفساد المظنون ببقائها.

وعند رفع الأمر إلى القاضي، إما أن يمنع القاضي المدّعي من المنازعة لعدم صحة الدعوى، وإما أن يقضي بإلزام المدعى عليه ما طلب المدّعي، إن أثبت المدّعي صحة دعواه.

(1) ابن عابدين، محمد أمين بن عمر، (١٩٩٧). رد المحتار على الدر المختار. (ط١). بيروت: دار إحياء التراث العربي، ج٨، ص٢٠.

(2) ابن فرحون، تبصرة الحكام (١، ٨).

(3) الغمراوي، محمد الزهري، السراج الوهاج، دار الفكر ص٥٨٧

(4) الرحيباني، مطالب أولي النهى (٦، ٤٥٣).

(5) الجرجاني، التعريفات ص١١٦، الموسوعة الفقهية، (١٩٩٠)، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، وهذا التعريف يشابه ما ذكره الفقهاء في كتبهم: ابن عابدين. رد المحتار ج٨ ص٢٥٠.
القرافي، الفروق ج٤ ص١٥٣.
ابن حجر الهيثمي، شهاب الدين أبو العباس أحمد بن محمد بن علي، (٢٠٠١)، تحفة المحتاج بشرح المنهاج، (ط١)، بيروت: دار الكتب العلمية، ج٤ ص٤٤١.
ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد عبدالله بن أحمد، (١٩٨٤). المغني (ط١)، بيروت: دار الفكر، ج١٢ ص١٦٣.

(6) أبو البقاء، الكليات ص٦٨

والأصل في الدعوى قول النبي صلى الله عليه وسلم: (لو يُعطى الناس بدعواهم، لادّعى ناس دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه)(1).

ذلك أن الشارع جعل عبء الإثبات في الدعوى على المدّعي، تطبيقاً للقاعدة الفقهية: (البينة على المدّعي واليمين على من أنكر)(٢).

فإن لم يستطع فللمدعى عليه دفعها باليمين.

والحكمة في ذلك كون جانب المدّعى ضعيفاً؛ لأنه يقول خلاف الظاهر، فعليه إثبات ذلك بحجة قوية وهي البينة، وأما جانب المدعى عليه فقوي؛ لأن الأصل فراغ ذمته، فاكتفى منه باليمين وهي حجة ضعيفة(٣).

وبذلك لا بد للقاضي من القدرة على التمييز بين المدّعى والمدّعى عليه؛ لأنه سيحمل المدعي العبء الأثقل، ويجعل على المدعى عليه العبء الأخف، وأي خطأ في ذلك سيؤدي إلى الخطأ في الحكم والظلم في القضاء(٤).

وقد ورد عن سعيد بن المسيب(٥)، قوله: (أيما رجل عرف المدعى من المدعى عليه لم يلتبس عليه ما يحكم بينهما).

(1) مسلم، أبو الحسن بن حجاج، (١٩٣٠)، صحيح مسلم بشرح النووي. (ط١). بيروت: الدار الثقافية العربية، ج١٢ ص٢

(2) هذه القاعدة الفقهية مأخوذة من حديث شريف ذكره البيهقي في سننه، البيهقي، أبو بكر أحمد بن الحسين، (١٩٩٩). السنن الصغرى، (ط١). بيروت: ج٢ ص٦٧١، إلا أن في إسناده ضعفاً، أنظر:- المناوي محمد عبد الرؤوف، فيض القدير، دار الفكر للطباعة، ج٣، ص٢٢٥، وحسنه ابن الصلاح كما في جامع العلوم والحكم، انظر: ابن رجب الحنبلي، زين الدين أبو الفرج عبد الرحمن، (٢٠٠٠)، جامع العلوم والحكم (ط٣)، بيروت: المطبعة العصرية، ص٣٣٧

(3) ابن حجر العسقلاني، أحمد بن علي، (١٩٩٧). فتح الباري شرح صحيح البخاري. (ط١). الرياض: مكتبة دار السلام م٥ ص٣٤٨.

(4) الموسوعة الفقهية (٢٠، ٢٧٢)

(5) ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد القرطبي، (١٩٨٨)، المقدمات الممهّدات (ط١). بيروت: دار الغرب الإسلامي ج٢ ص١٩٢

فعلم القضاء يدور على التمييز بينهما[1].

وقد تباينت آراء الفقهاء في وضع الضوابط التي تعين القاضي في تحديد المدّعى من المدّعى عليه:

١- فعند الحنفية[2]: أن المدعى من إذا ترك الخصومة يترك، والمدعى عليه من يستدعي عليه بقول الغير، وإذا ترك الخصومة لا يترك؛ أي أن المدعى من إذا ترك دعواه لا يجبر عليها؛ لأن حق الطلب له، أما المدعى عليه لا يتأتى منه الترك حتى يسلم ما عليه.

ويعقّب د. محمد نعيم ياسين[3] على هذا المعيار بقوله: (إن هذا المعيار مأخوذ من طبيعة الدعوى: فهي تصرف إرادي صادر من طرف المدعي، وهي في ذلك -كبقية التصرفات القولية من عقدية وغير عقدية- مرتبطة بإرادة الإنسان الذي يملك الصلاحية الشرعية لها).

٢- وأما المالكية[4] فاعتمدوا على النظر إلى جنبة كل من الطرفين المتنازعين؛ فمن كانت جنبته قوية بشهادة أي أمر مصدق لقوله كان هو المدعى عليه والآخر مدعياً.

والأمر المصدق يمكن أن يكون أحد شيئين هما: الأصل والظاهر.

فعن الإمام القرافي[5]: المدعي من كان قوله على خلاف أصل أو عرف، والمدعى عليه من كان قوله على وفق أصل أو عرف.

---

(1) ابن الشاط، أبو القاسم قاسم بن عبدالله، ادرار لشروق على أنواء الفروق، (١٩٩٨)، في حاشية كتاب الفروق لشهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس القرافي. (ط١). بيروت: دار الكتب العلمية ج٤ ص١٦٠.

(2) السرخسي، أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل، (٢٠٠٢)، المبسوط. (ط١). بيروت: دار الكتب العلمية، ج١٧، ص٣٨، ابن عابدين، رد المحتار (٨،٢٥١).

(3) د. ياسين، محمد نعيم، (١٩٩٩)، نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات. (ط١). عمان: دار النفائس، ص١٧٧

(4) الموسوعة الفقهية (٢٠، ٢٧٢)، ابن جزي، محمد بن أحمد، (٢٠٠٠)، (ط١). بيروت: المكتبة العصرية، ص٣٢١.

(5) القرافي، الفروق (٤، ١٦٠).

والمقصود بالأصل[١] هو القاعدة الشرعية المعمول بها في الواقعة المخصوصة، أو استصحاب الحال.

كالقول: الأصل براءة الذمة في الحقوق قبل عمارتها، والأصل في الإنسان الجهل بالشيء حتى يقوم عليه الدليل بالعلم وغيرهما.

وأما الظاهر[٢] فهو العرف والقرائن ودلالة الحال، كحيازة أحدهما الشيء مدة يتصرف فيها تصرف المالك.

لذلك يقول ابن رشد[٣]: (...فالمعنى الذي من أجله كان القول للمدعى عليه، هو أن له سبباً يدل على صدقه دون المدعي في مجرد دعواه، وهو كون السلعة بيده إن كانت الدعوى في شيء بعينه، أو كون ذمته بريئة على الأصل في براءة الذمم إن كانت الدعوى فيما في ذمته، والمعنى الذي وجب من أجله على المدعى إقامة البينة على دعواه هو تجرد دعواه من سبب يدل على صدقه).

ويتشابه هذا القول مع ما ذهب إليه الشافعية:

فالقول الأظهر عند الشافعية[٤] أن المدّعى عندهم من يخالف قوله الظاهر، والمدّعى عليه من يوافقه.

على أن هناك خلافاً بين المالكية والشافعية في مدى قوة الأصل والعرف والقرائن في حالة التعارض أيهما يقدم أولاً[٥].

إلا أن المالكية[٦] قد استثنت من القاعدة السابقة في التمييز بين المدعى والمدعى عليه بعض المسائل، إما للمحافظة على المصلحة العامة وإما للضرورة.

---

(1) الموسوعة الفقهية (٢٠، ٧٤)، ابن جزي، القوانين الفقهية ص٣٢١، ابن فرحون، تبصرة الحكام (١، ٩٨).

(2) المراجع السابقة.

(3) ابن رشد، المقدمات الممهدات ج٢ ص١٩٢

(4) الشربيني، مغني المحتاج (٤، ٤٦٤)، النووي، محيي الدين أبو زكريا يحيى بن شرف، (٢٠٠٠)، منهاج الطالبين. (ط١). بيروت: دار البشائر الإسلامية ج٣ ص٤٥٧

(5) د. ياسين، نظرية الدعوى ص١٨٨

(6) القرافي، الفروق (٤، ١٦٥).

كما في قول الأمين في تلف الأمانة، فإن قوله يقبل مع أن الأصل عدمه، لأنه أمر عارض، وقد قُبِلَ قوله كي لا يزهد الناس في قبول الأمانات، فتفوت هذه المصلحة.

٣- وأما عند الحنابلة[1]: فالمدعي من يلتمس بقوله أخذ شيء من يد غيره، أو إثبات حق في ذمته، والمدعى عليه من ينكر ذلك.

والمتتبع لآراء الفقهاء يجد أن خلافهم في تحديد المدّعي من المدعى عليه، ترتب عليه اختلاف في الأحكام عند فصل الخصومة بين المتعاقدين، فيتحمل عبء الإثبات أحدهما[2].

ثم إذا رفعت الدعوى مستوفية الشروط ترتب على ذلك نظر القاضي فيها، وحضور الخصم والجواب عنها.

وللفقهاء تفصيلات في ذلك إلا أنه لا بد من ذكر بعض أوجه الجواب التي تصدر عن المدعى عليه.

فجواب الدعوى الذي يصدر عن المدعى عليه[3] إما:

أن يكون إقراراً بالحق المدعى.

أو أن يكون الجواب إنكاراً للحق المدعى مما يترتب عليه تخيير المدّعي بين تحليف المدعى عليه وبين إقامة البينة على صحة دعواه، فإن عجز عن الإثبات بالبينة فليس له إلا تحليف المدعى عليه.

وأهم طرق القضاء في الأموال[4]:

١- البينة.

٢- الإقرار.

٣- النكول.

---

(1) ابن قدامة، المغني، ج١٢ ص١٦٣.

(2) على أنه في مسائل خاصة قد يكون كل من الطرفين مدعياً من وجه ومدعى عليه من وجه آخر. كما لو اختلفا في ثمن المبيع فادّعى كل واحد منهما أن الثمن غير الذي ذكره صاحبه فيكون كل واحد منهما مدّعياً ومدّعى عليه، ابن قدامة المغني ج٢ ص١٦٣

(3) الموسوعة الفقهية، ج٢٠ ص٣١٤ وما يليها.

(4) هناك طرق أخرى كالحيازة والإثبات بالقرائن ونحو ذلك، إلا أن ما ذكر هو ما اتفق عليه جمهور الفقهاء في قضايا الأموال، الزحيلي، محمد مصطفى، (١٩٨٢). أصول المحاكمات الشرعية والمدنية، دمشق: جامعة دمشق، ص١٤٤ – ٢٠٥.

فيجب على المدعي لإثبات حقه أن يأتي ببينة تثبت صحة دعواه.

أولاً: البينة:

وقد حصرها جمهور الفقهاء[1] اصطلاحاً بالشهادة، فيطلق على الشهود لفظ بينة؛ لوقوع البيان بقولهم وإزالة الإشكال بشهادتهم، فبهم يتبين الحق.

إلا أن ابن القيم اعتبر البينة بمعنى الحجة والدليل والبرهان، سواء بالشهادة أو بغيرها كدلالة الحال على صدق المدعي، فإنها أقوى من دلالة إخبار الشاهد[2]، وبذلك تكون البينة على هذا أعم من الشهادة[3].

وفيما يتعلق بالأموال:

فقد أجمع الفقهاء[4] على قبول شهادة الرجلين أو الرجل والمرأتين على ما هو مال أو بمعنى المال، كالبيع والحوالة.

لقوله تعالى: (واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجلٌ وامرأتان ممن ترضون من الشهداء أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى)[5].

ذكر الإمام القرطبي[6] في تفسيره للآية الكريمة:

(1) ابن مودود، عبدالله بن محمود الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، بيروت: دار المعرفة ج٢ ص١١، ابن فرحون، تبصرة الحكام (١، ١٦١)، الشرقاوي، عبدالله بن حجازي، حاشية الشرقاوي، دار المعرفة، بيروت ج٢ ص٥٠٩.
ابن قدامة، المغني (١٢، ٥)

(2) ابن قيم، أبو عبدالله محمد بن قيم الجوزية، الطرق الحكمية، بيروت: دار إحياء العلوم، ص١٨.

(3) الموسوعة الفقهية (٢٦، ٢١٧).

(4) السرخسي، المبسوط (١٦، ١٣٢)، ابن فرحون، تبصرة الحكام (١، ٢١٤)، الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب، (١٩٩٤)، الحاوي الكبير (ط١). بيروت: دار الكتب العلمية ج١٧ ص٨، البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس (١٣٩٤ هـ)، كشاف القناع، مكة: مطبعة الحكومة، (٦، ٤٢٩).

(5) سورة البقرة: ٢٨٢.

(6) القرطبي، أبو عبدالله محمد بن أحمد، (١٩٦٧)، الجامع لأحكام القرآن، (ط٣). القاهرة: دار الكتاب العربي. ج٣ ص٣٩١.

أن الله عز وجل جعل شهادة المرأتين مع الرجل جائزة مع وجود الرجلين في هذه الآية، ولم يذكرها في غيرها، فأجيزت في الأموال خاصة في قول الجمهور، بشرط أن يكون معهما رجل.

وإنما كان ذلك في الأموال دون غيرها؛ لأن الأموال كثّر الله أسباب توثيقها لكثرة جهات تحصيلها، وعموم البلوى بها وتكررها، فجعل فيها التوثق تارة بالكتابة، وتارة بالإشهاد، وتارة بالرهن، وتارة بالضمان، وأدخل في جميع ذلك شهادة النساء مع الرجل.

وأما القضاء بشاهد ويمين المدّعي في الأموال، فقد اختلف الفقهاء في ذلك.

القضاء بشاهد ويمين:

اختلف الفقهاء في القضاء بشاهد ويمين المدّعي على قولين:

١- قال جمهور الفقهاء من المالكية[١] والشافعية[٢] والحنابلة[٣] بجواز القضاء بشاهد ويمين في الأموال.

٢- وأما الحنفية[٤] فقد منعوا ذلك.

وقد استدل كل قول بعدة أدلة، لعلّ من أهمها:

من أدلة القول الأول:

١- عن ابن عباس رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بيمين وشاهد[٥].

---

(1) ابن رشد، أبوالوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد، (١٩٨٦)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، (ط٨)، بيروت، دار المعرفة، ج٢ ص٤٦٧ وما بعدها، ابن فرحون، تبصرة الحكام، (١، ٢١٤).

(2) المطيعي، محمد نجيب، (٢٠٠١)، تكملة المجموع. (ط١). بيروت: دار إحياء التراث العربي، ج٢٣ ص٩٨.

(3) ابن قدامة، المغني ج١٢ ص١١.

(4) السرخسي، المبسوط (١٦، ١٣٢).

(5) صحيح مسلم بشرح النووي (١٢، ٤).

وجه الدلالة:

أن الحديث يدل صراحة على جواز القضاء بشاهد ويمين، وقد اتفق جمهور الفقهاء على جوازها في الأموال، مع اختلافهم في غيرها[١].

٢- ولأن اليمين تشرع في حق من ظهر صدقه وقوي جانبه، وقد ظهر في حق المدّعي شاهد، فقويت هنا حجته[٢].

أما أهم أدلة الحنفية:

١- قولــه تعالى: (واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء)[٣].

وجه الدلالة:

أن قوله تعالى: (واستشهدوا) يقتضي الإيجاب، فقد ألزم الله الحاكم الحكم بالعدد المذكور، وفي تجويز أقل منه مخالفة الكتاب[٤].

٢- قوله صلى الله عليه وسلم: (البيّنة على المدّعي واليمين على من أنكر)[٥].

والاستدلال بالحديث من وجهين[٦]:

أ- إن النبي صلى الله عليه وسلم أوجب اليمين على المدعى عليه، ولو جعلــت حجــة للمدعي لا تبقى واجبة على المدعى عليه، وهو خلاف النص.

ب- أنه صلى الله عليه وسلم جعل كل جنس اليمين حجة المدعى عليه، لأنه صلى الله عليه وسلم ذكر اليمين بلام التعريف، فيقتضي استغراق كل الجنس، ولو جعلت حجــة المدّعي لا يكون كل جنس اليمين حجة المدعى عليه، وهذا خلاف النص.

---

(1) ابن فرحون، تبصرة الحكام (١، ٢١٦).

(2) القرافي، الفروق (٤، ١٩٥)

(3) سورة البقرة: ٢٨٢.

(4) الجصاص، أحكام القرآن (١،٦٢٩).

(5) سبق تخريجه.

(6) الكاساني، بدائع الصنائع (٦، ٢٢٥)، السرخسي، المبسوط (١٧، ٣٦).

وقد ردّ الحنفية على استدلال الجمهور بحديث (أنه صلى الله عليه وسلم قضى بشاهد ويمين)[١]:

أنه لا يصح الاحتجاج به، وذلك أن أكثر ما فيه أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بشاهد ويمين، وهذه حكاية قضية من النبي صلى الله عليه وسلم ليس بلفظ عموم في إيجاب الحكم بشاهد ويمين حتى يحتج به في غيره.

ثم أنه قد روى عن بعض الصحابة أنه صلى الله عليه وسلم قضى بشاهد ويمين في الأمان، ويجوز القضاء في بعض أحكام الأمان بشاهد واحد إذا كان عدلاً، بأن شهد أنه أمن هذا الكافر – مثلاً – فتقبل شهادته حتى لا يقتل، واليمين من باب ما يحتاط فيه، فحمل على هذا توفيقاً بين الأدلة وصيانة لها عن التناقض.

وسبب الخلاف بين الجمهور والحنفية:

أن الخبر إذا ورد متضمناً لزيادة على ما في القرآن، هل يكون نسخاً؟

أو لا يكون نسخاً بل زيادة مستقلة بحكم مستقل إذا ثبت سنده فيجب القول به[٢]؟

فعند الحنفية إن الزيادة على القرآن نسخ[٣]، واخبار الواحد لا تنسخ المتواتر، وحتى لا تقبل الزيادة من الأحاديث إلا إذا كان الخبر بها مشهوراً.

وقد أجيب على قول الحنفية بالنسخ[٤]:

أن النسخ رفع للحكم، ولا رفع في القضاء بشاهد ويمين، فالحكم بالشاهد واليمين لا يمنع الحكم بالشاهدين.

---

(1) الكاساني، بدائع الصنائع (٦، ٢٢٥)، الجصاص، أحكام القرآن (١، ٦٢٩).

(2) ابن حجر العسقلاني، فتح الباري (٥، ٣٤٦)، ابن رشد بداية المجتهد (٢، ٤٦٨).

(3) صدر الشريعة، عبيد الله بن مسعود، التوضيح، في هامش كتاب شرح التلويح في التوضيح للتفتازاني، بيروت: دار الكتب العلمية، ج٢ ص٣٦ وما تليها.

(4) القرافي، شهاب الدين أبوالعباس أحمد بن أدريس (٢٠٠١)، العقد المنظوم في الخصوص والعموم، (ط١). بيروت: دار الكتب العلمية، ص٦٩٨، الجويني، أبو المعالي عبد الملك بن عبدالله بن يوسف، (١٩٩٦)، كتاب التلخيص في أصول الفقه (ط١). بيروت: دار البشائر الإسلامية، ج٢ ص٥٠٩، ابن قدامة، موفق الدين عبدالله بن أحمد بن محمد، (١٩٩٧)، روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه، (ط٥). الرياض: مكتبة الرشيد، المجلد الثاني، ص ٧٤٥.

ويظهر أن القول الراجح قول الجمهور لقوة أدلتهم، خاصة وأن فقهاء الحنفية يــذهبون إلى الحكم عند نكول المدّعى عليه، فالقول بقبول الشاهد واليمين أولى لقوة الإثبات في ذلك على مجرد النكول –والله أعلم–.

تعارض البينات المقدمة من العاقدين المختلفين وقواعد الترجيح بينهما:

ولكن إذا أحضر المدّعي بينة تثبت صدق دعواه، ثم أحضر المدّعى عليه بينــة تثبــت صدق قوله أيضاً، فكيف يمكن الفصل بينهما؟

تسمى هذه المسألة عند الفقهاء بتعارض البينتين، وسيتم بيان من أحكامها مما له صــلة بموضوع البحث.

يقال تعارضت البينتان إذا تقابلتا؛ أي أصابت كل منهما ما نفته الأخرى[(١)].

الأصل عند الفقهاء إذا تعارضت البينتان أن يصار إلى الترجيح[(٢)] ما أمكــن فــالترجيح هو: (تقديم دليل على دليل آخر يعارضه لاقتران الأول بما يقويه)[(٣)] فترجح إحدى البينات على الأخرى لاقترانها بأمر ما جعلها أقوى من المرجوحة.

وقد تباينت آراء الفقهاء في وجوه في وجوه الترجيح منها:

١- اليد –عند التساوي:

إذا اختلف رجلان بأن ادّعى أحدهما أن الدابة –مثلاً– ملكه، وأنه أودعها لمن هي فــي يده أو أعاره إياها أو أجرها منه، وقال الآخر: بل ملكي، وكان لكل واحدٍ منهما بينة.

فهل تترجح بينة الداخل –وهو الذي وضع يده على عين بالفعل أو الذي يشبه تصــرفه تصرف الملاك[(٤)] –على بينة الخارج– وهو البريء عن وضع اليد[(٥)]؟

---

(1) البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس، شرح منتهى الإرادات، بيروت: عالم الكتب، ج٣، ص ٥٣٠.

(2) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٦، ص ٢٣٢٣، الدردير، أبو البركات أحمد بــن محمــد، (١٣٩١هــــ). الشرح الصغير، مصر:دار المعارف، ج٤، ص ٣٠٤، النووي، محيي الــدين يحيــى بــن شــرف، (١٩٨٥م)، روضة الطالبين وعمدة المفتين. (ط٢)، بيــروت: المكتــب الإســلامي، ج٨، ص ٣٣٥. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج٣، ص ٥٥٧.

(3) الموسوعة الفقهية، ج١٢ ص١٨٥.

(4) حيدر، علي، (١٩٢٥)، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، حيفا، المطبعة العباسية، المــادة ١٦٧٩، ص ٣٣١.

(5) المصدر نفسه، المادة ، ١٦٨٠، ص ٣٣٣.

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

١- ذهب الحنفية(١) وقول عند المالكية(٢) والأصلح عند الشافعية(٣) وفي الرواية المشهورة عند الحنابلة(٤) إلى أن بينة الخارج أولى من بينة ذو اليد، فتقدّم بينة الخارج لأنه هو المدّعي، ولا تسمع بينة المدّعى عليه بحال.

٢- والمشهور عند المالكية(٥) ووجه عند الشافعية(٦) وقول عند الحنابلة(٧) إلى أنه ترجح بينة الداخل على بينة الخارج؛ لأن معه بينة ويد، على أن لا تسمع بينته إلا بعد بينة المدّعي.

وقد استدل أصحاب القول الأول بعدة أدلة لعل من أهمها:

قوله صلى الله عليه وسلم: "البينة على المدّعي واليمين على من أنكر"(٨).

وجه الدلالة:

إن المدّعي هو من يدّعي ما في يد غيره -وهو الخارج- والحديث قد جعل جنس البينة في يد المدّعي(٩)، فتقبل بينته وترد بينة الداخل؛ لأنه مدعى عليه.

كما أن بينة الخارج أكثر إثباتاً؛ لأنها تثبت الملك له، بينما بينة الداخل لا تثبت ذلك؛ لأن الملك ثابت له باليد، وما كان أكثر إثباتاً كان أكثر قوة، فتكون بينة الخارج أقوى، فترجح(١٠).

وقد علل أصحاب القول الثاني ما ذهبوا إليه:

---

(1) ابن مودود، عبد الله الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، بيروت: دار المعرفة، ج٢، ص ١١٦.

(2) ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج١، ص ٢٤٨.

(3) الشربيني، مغني المحتاج، ج٤، ٤٨١.

(4) ابن قدامة، المغني، ج١٢، ص ١٦٨.

(5) الدردير، الشرح الصغير، ج٤، ص ٣٠٩.

(6) النووي، روضة الطالبين، ج٨، ص ٣٣٨.

(7) ابن قدامة، المغني، ج١٢، ص ١٦٧-١٦٨.

(8) سبق تخريجه.

(9) ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج١، ص ٢٤٨، ابن قدامة، المغني، ج١٢، ص ١٧١.

(10) ابن مودود، الاختيار، ج٢، ص ١١٦-١١٧.

بأن جانب المدّعى عليه أقوى؛ لأن الأصل معه، ويمينه تقدّم على يمين المدّعي، فإذا تعارضت البينتان يُحكم كما لو لم تكن هناك بينة لأي منهما[١]، وبذلك كانت بينة الداخل أقوى، فترجح على الخارج.

إلا أن أصحاب القول الثاني اختلفوا في ترجيح بينة الداخل بيمين أم بدون ذلك.

على قولين:

١- عند المالكية[٢] وهو قول عند الشافعية[٣]

لا يقضى لصاحب اليد في غير يمين، لأن بينته تعارضها بينة المدّعي، فتسقطها، ويبقى له اليد، واليد لا يقضى بها من غير يمين.

٢- المنصوص عليه عند الشافعية[٤] وهو مذهب الحنابلة[٥]

إنه يقضى له من غير يمين؛ لأنه بينته معها ترجيح وهي اليد، وأما الآخر فبينته بلا ترجيح معها، والحجتان إذا تعارضتا ومع إحداهما ترجيح قضي بها.

وعند المالكية أن نكل الحائز، حلف المدّعي وحكم له به، فإن أنكر أقر على يد من هو في يده[٦].

الراجح:

لا خلاف في أن على المدّعي أن يثبت صدق دعواه ببينة، لكن المدّعى عليه أنكر صدق دعوى المدّعي بأن أحضر بينة تثبت صدق إنكاره، عدا عن وجود قرينة أخرى تثبت أيضاً صحة قوله وهي اليد، وبذلك كان جانبه أقوى من جانب المدّعي، فترجح بينته لما له من يد على المدّعى به ولكن بيمين.

فيقضى للمدّعى عليه بيمينه وببينته وبيده على المتنازع فيه.

---

(1) ابن قدامة، المغني، ج١٢، ص ١٦٨.

(2) ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج١، ص ٢٤٨.

(3) الشيرازي، أبو إسحاق إبراهيم بن علي الفيروز أبادي، (١٩٧٦م)، المهذب، ط٣، مصر: شركة مكتبة ومطبعة البابي الحلبي وأولاده، ج٢، ص ٣٩٧.

(4) المصدر نفسه، ج٢، ص ٢٩٧-٢٩٨.

(5) ابن قدامة، المغني، ج١٢، ص ١٦٩.

(6) ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج١، ص ٢٤٨.

فيترجح رأي الجمهور –المشهور عند المالكية وهو مذهب الشافعية وقول عند الحنابلة– بترجيح بينة الداخل على بينة الخارج ولكن مع يمينه –والله أعلم.

٢- اشتمال إحدى البينتين على زيادة:

بأن اشتملت إحدى البينتين على زيادة تاريخ متقدم، كما لو اختلف البائع والمشتري في قدر المبيع، وأقام كل منهما بينة، وكانت البينتان مؤرختين بتاريخين مختلفين، فيُقضى بالأولى منهما[١]، لأن العقد الأول يمنع صحة العقد الثاني[٢].

وأما إن تعارضت البينتين على قدر الملك، كما لو اختلف المتبايعان في قدر الثمن، أو قد المبيع، أو اختلف المؤجر والمستأجر في قدر الأجرة. وأقاما البينة.

فمن الفقهاء من رجّح البينة المظهرة للزيادة[٣]، وسيتم بيان ذلك عند بحث المسألة.

٣- كثرة العدد وقوة العدالة في الشهادة:

إذا شهد لصالح أحد المتداعيين خمسة شهود، وشهد للآخر عشرة شهود، أو كان شهود أحدهما أكثر عدالة من الآخر، فهل تترجح بينة إحداهما لكثرة العدد وقوة العدالة؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

١- ذهب الحنفية[٤] ورواية عند المالكية[٥] وهو المذهب عند الشافعية[٦] والحنابلة[٧] إلى أنه لا أثر بالبينة الزائدة في العدد والعدالة على الحكم، فالترجيح بقوة الدليل لا بكثرته.

٢- وعند جمهور المالكية تعد زيادة العدالة من المرجحات[٨] في البيع ونحوه وأما في

(1) حاشية ابن عابدين، ج٤، ص ٤٣٧، ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج١، ص ٢٤٨، الرملي، نهاية المحتاج، ج٨، ص ٣٦٥، البهوتي، كشاف القناع، ج٦، ص ٣٩٧.

(2) الشيرازي، المهذب، ج٢، ص ٤٠٢.

(3) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٦، ص ٢٤١، الشيرازي، المهذب، ج٢، ص ٤٠٢.

(4) حاشية ابن عابدين، ج٤، ص ٤٤.

(5) ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج١، ص ١٧٦.

(6) الشيرازي، المهذب، ج٢، ص ٣٩٨.

(7) ابن قدامة، المغني، ج١٢، ص ١٧٦.

(8) حاشية الخرشي، ج٣، ص ١٩٣.

النكاح فلا تعتبر[١].

٣- وذهب بعض المالكية إلى الترجيح بكثرة العدد عند التكافؤ في العدالة[٢].

ومن أهم أدلة أصحاب القول الأول

١- قوله تعالى: (واستشهدوا شهيدين من رجالكم)[٣]، وقوله تعالى: (وأشهدوا ذوي عدل منكم)[٤].

وجه الدلالة:

نصّت الآية الأولى على العدد في الشهادة، والآية الثانية على العدالة، فأجازت الآية الأولى الشاهدين مع وجود ما هو أكثر، وأما الآية الثانية فأجازت قبول العدل مع وجود من هو أعدل[٥].

فدلّ ذلك على أنه لا تأثير لزيادة العدد وقوة العدالة، لأن الشرع جعل الكل سواء في إثبات الحق، ولو كانت إحدى البينتين أعدل؛ لأن الشرط أصل العدالة، وقد استويا، ولا اعتبار بما زاد لأنه لا ضابط له[٦].

وأما ما ذهب إليه جمهور المالكية من الترجيح بزيادة العدالة فقد عللوا بأن البينة إنما اعتبرت لما تثيره من الظن، والظن في الأعدل أقوى لأن مقيم الأعدل أقرب للصدق، كإخبار الآحاد إذا رجح أحدهما[٧].

وقد رد الجمهور على ما ذهب إليه جمهور المالكية:

بأن هناك فرق بين الشهادة والخبر، لأن السمع ورد في الشهادة على خلاف القياس بأن يكون نصابها اثنين فلا يكون لكثرتهم قوة زائدة تمنع ما اعتبره السمع في الطرف الآخر، بخلاف الرواية في الخبر، فإن الحكم فيه نيط برواية كل من الراوي، فلا شك أن كثرتهم تزيد

---

(1) المصدر نفسه.

(2) ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج١، ص ٢٤٨.

(3) سورة البقرة، ٢٨٢.

(4) سورة الطلاق، ص ١١٩.

(5) الماوردي، الحاوي، ج١٧ ص٣٠٧.

(6) ابن مودود، الاختيار، ج٢، ص ١١٩.

(7) تهذيب الفروق، ج٤، ص ١٣٧.

الظن والقوة فيه فافترقا[١].

الراجح:

ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من أنه لا أثر بالبينة الزائدة في العدد والعدالة على الحكم، لأن الأدلة الشرعية –الآيات القرآنية– نصّت على العدد وشرط العدالة، كما أن زيادة العــدد لا ضابط له وكذلك الاتصاف بزيادة العدالة لا ضابط له، خاصة وأن كلمة عدالة لا تقييــد فيهــا، فاكتفى الشرع باشتراط أصلها لقبول شهادة المرء –والله أعلم–.

٤– قوة الحجة:

كما لو كانت بينة أحد المتداعيين شاهدين، وبينة الآخر شاهد ويمين –في الأموال– فهل تترجح بينة الشاهدين على الأخرى؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

١– جمهور المالكية[٢] والأظهر عند الشافعية[٣] والأصح عند الحنابلة[٤] إلى أنه يقضى لمن له الشاهدان؛ لأن بينته متفق عليها، وبينة الآخر مختلف فيها.

٢– قول عند الشافعية[٥] وقول عند الحنابلة[٦]

أنهما تتعارضان؛ لأنهما تساوتا في إثبات المال، وكل واحد منهما حجة بمفرده.

ولم يتعرض فقهاء الحنفية[٧] لذلك؛ لأن الشاهد واليمين لا يعد حجة عندهم فلا يُقضى به أصلا.

---

(1) تكملة حاشية ابن عابدين، ج١٢، ص ٤٠٤.

(2) تهذيب الفروق، ج٤، ص ١٣٨، الدردير، الشرح الصغير، ج٤، ص ٣٠٦.

(3) النووي، منهاج الطالبين، ص ٤٦٩.

(4) ابن قدامة، المغني، ج١٢، ص ١٧٧.

(5) الشيرازي، المهذب، ج٢، ص ٣٩٨.

(6) ابن قدامة، المغني، ج١٢، ص ١٧٧.

(7) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٦، ص ٢٢٥.

والراجح:

ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، لأن ما لا خلاف فيه أقوى مما قد يعترضه شبهة، فكان وجود الشاهدين أقوى في إثبات الحق من مجرد وجود شاهد واحد –والله أعلم–.

وأما إن تساوت البينتان من كل وجه، ولا مرجح لأحداهما على الأخرى.

١- فقد ذهب الحنفية[١] والصحيح عند الشافعية[٢] وهو الراجح الحنابلة[٣] إلى أنهما تسقطان؛ لأنهما حجتان تعارضتا ولا مزية لإحداهما على الأخرى، فسقطتا، فيكون الحكم فيه كما لو تداعيا ولا بينة لواحد منهما[٤].

٢- وعند المالكية[٥] إن تساويتا في العدالة، عرضت اليمين عليهما، فإن نكل أحدهما حكم به للحالف، فإن حلفا قسم بينهما، وإن نكلا تركا على ما كانا عليه.

٣- وفي قول للشافعية[٦] أنهما تستعملان

وفي كيفية الاستعمال ثلاثة أقوال:

١- أنه يوقف الأمر إلى أن ينكشف أو يصطلحا.

إلا أنه في العقود كالاختلاف في الأجرة ونحوها لا يجيئ القول بالوقف، لأن العقود لا توقف.

٢- أنه يقسم بينهما؛ لأن البينة حجة كاليد، وهو قول عند الحنابلة[٧]، وأيضاً في العقود لا يجيء القول بالقسمة، لأنهما يتنازعا في عقد، والعقد لا يمكن قسمته.

---

(1) ابن مودود، الاختيا، ج٢، ص ١١٧.

(2) الشيرازي، المهذب، ج٢، ص ٣٩٨.

(3) البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج٣، ص ٥٢٣.

(4) الشيرازي، المهذب، ج٢، ص ٢٩٨.

(5) ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج١، ص ٢٤٧.

(6) الشيرازي، المهذب، ج٢، ص ٣٩٨.

(7) ابن مفلح، الفروع، ج٦، ص ٥٣٦.

والراجح:

أنه في العقود إن لم يكن لإحدى البينتين أي مرجح على الأخرى، تعارضتا وتساقطتا، فيحكم بينهما كمن لا بينة لأحدهما، وأما كيفية الحكم بعد ذلك فيختلف باختلاف المتنازع فيه.

ثانياً: الإقرار:

الإقرار من أقوى طرق الإثبات؛ لانتفاء التهمة فيه غالباً.

ومعناه اصطلاحاً[١]: هو الإخبار عن ثبوت حق للغير على المخبر.

وبإقرار المدعى عليه تنتهي الخصومة.

إلا أن الفقهاء اختلفوا في بعض من يقبل إقراره كما في:

الصبي المأذون له بالتجارة:

اختلف الفقهاء في إقرار الصبي المأذون له بالتجارة على قولين:

١- فقهاء الحنفية[٢] والراجح عند الحنابلة[٣]: أنه يقبل إقرار الصبي المأذون له بالتجارة في قدر ما أذن له؛ لأن ذلك من ضرورات التجارة.

٢- وأما المالكية[٤] والشافعية[٥]: فقد منعوا ذلك، وقد استدلوا بعدة أدلة منها:

أ- قول علي لعمر بن الخطاب رضي الله عنهما: أما علمت أن القلم رفع عن المجنون حتى يفيق، وعن الصبي حتى يدرك، وعن النائم حتى يستيقظ)[٦].

---

(1) الموسوعة الفقهية (٦، ٤٦)، وللفقهاء تعريفات تشبه ما ذكر: الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، (٢٠٠٠)، الفتاوي الهندية، (ط١). بيروت: دار الكتب العلمية ج ٤ ص١٧٠ وبلفظ الاعتراف كما ذكر: الدردير، أبو البركات أحمد بن أحمد الدردير، (١٣٩٣هـ)،الشرح الصغير. مصر:دار المعارف، ج٣ ص٥٢٥ والقليوبي، شهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلامة (١٩٩٧)، حاشية القليوبي،(ط١). بيروت: دار الكتب العلمية ج٣ ص٣. وأما مع اختلاف في اللفظ، البهوتي، كشاف القناع ج٦ ص٤٤٨.

(2) الموصلي، الاختيار (٢، ١٢٨).

(3) ابن قدامة، المغني (٥، ٢٧٢).

(4) ابن عبد البر، أبو عمر يوسف بن عبدالله بن محمد القرطبي (١٩٨٠) الكافي، (ط٢). الرياض: مكتبة الرياض، ج٢ ص١٨٦.

(5) الشربيني، مغني المحتاج (٣، ٢٦٨)

(6) هو مرفوع حكماً، ابن حجر، فتح الباري (١٢، ١٤٧).

ب- ولأنه لا تقبل شهادته.

وقد رد الحنابلة[١] على استدلال المالكية والشافعية:

١- بأن الصبي المأذون له بالتجارة، عاقل ومختار، يصح تصرفه.

٢- وأما الحديث فهو محمول على رفع التكليف والإثم.

والراجح:

صحة إقرار الصبي المأذون له بالتجارة، لأنه كما سبق ذكره من ضرورات التجارة، وإلا لامتنع الناس من التعامل معه، خوفاً من ضياع حقوقهم وعدم الاطمئنان لصحة تعاملاته.

ثالثاً: النكول:

اتفق الفقهاء على أن اليمين تفيد قطع الخصومة في الحال، وتبطل بها دعوى المدّعى عليه إن لم يكن لديه بينة.

فتشرع اليمين في حق كل مدعى عليه مسلما كان أو كافراً[٢]، لما ورد عن عبدالله رضي الله عنه قال:

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "من حلف على يمين، وهو فيها فاجر، ليقتطع بها مال امرئ مسلم، لقي الله وهو عليه غضبان". قال: فقال الأشعث: فيّ والله كان ذلك، وكان بيني وبين رجل من اليهود أرض، فجحدني، فقدّمته إلى النبي صلى الله عليه وسلم، فقال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم: "ألك بينة؟ قلت: لا، قال: فقال لليهودي: "احلف". قال: قلت: يا رسول الله، إذا يحلف ويذهب بمالي[٣]، فأنزل الله تعالى: (إن الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمناً قليلاً...)[٤].

ولكن قد يأبى المدّعى عليه الحلف، وهو ما اصطلح على تسمية بالنكول.

---

(1) ابن قدامة، المغني (٥،٢٧٢).

(2) الكاساني، بدائع الصنائع ج٦ ص٢٨٨، ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج١ ص١٤٩، الشيرازي، أبو اسحاق إبراهيم بن يوسف الفيروز أبادي، (١٩٧٦)، المهذب، (ط٣). مصر: شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، ج٢، ص٤١٢.

(3) البخاري، أبو عبدالله محمد بن إسماعيل، (٢٠٠١)، صحيح البخاري، (ط١). بيروت: دار إحياء التراث العربي، ص٤٢٤.

(4) سورة آل عمران: ٧٧.

فالنكول في اللغة: الامتناع[١].

يقال نكل عن اليمين أي امتنع عنها.

والمعنى اللغوي لا يختلف عن المعنى الاصطلاحي على أن يكون النكول في مجلس القضاء[٢]. فإن نكل المدّعي عليه عن اليمين، بأن صرّح لا أحلف، فقد اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

ذهب الحنفية[٣] وفي رواية عند الحنابلة[٤]: إلى أنه يحكم عليه بنكوله، ولا ترد اليمين إلى المدّعي.

وأما المالكية[٥] والشافعية[٦] ورواية عند الحنابلة[٧] فيرون أن نكول المدّعى عليه يترتب عليه حق للمدّعي برد اليمين والقضاء له، فلا يعد النكول حجة يقضي بها على المدعى عليه.

ومن أهم أدلة الحنفية ومن وافقهم:

قوله صلى الله عليه وسلم: (لو يُعطى الناس بدعواهم، لادّعى ناس دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين على المدّعى عليه)[٨].

(1) ابن منظور،لسان العرب (١٤،٢٨٨).

(2) الموسوعة الفقهية ج١ ص٢٤٢.

(3) الخصاف، حسام الدين ابن عمر بن عبد العزيز بن مازه البخاري المعروف بالصدر الشهيد، (١٩٧٧)، شرح أدب القاضي. (ط١). بغداد: مطبعة الإرشاد، ج٢ ص٢٥٩، والطحاوي، أبو جعفر أحمد بن محمد، اختلاف الفقهاء، إسلام أباد: مطبعة معهد البحوث الإسلامية، ج١ ص٢٣٤.

(4) ابن قدامة، المغني (٤، ١٢٤)، البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس، شرح منتهى الإرادات، بيروت: عالم الكتب ج٣ ص٥٢٤.

(5) ابن عبدالله، الكافي، ج٢، ص٩٢١، ابن فرحون، تبصرة الحكام ١/ ١٥٢.

(6) البجيرمي، سليمان، (١٩٥١)، بجيرمي على الخطيب، (ط أخيرة). مصر: شركة مكتبة مصطفى البابي الحلبي، ج٤، ص٣٥٠، ابن أبي الدم، شهاب الدين أبو إسحاق بن عبدالله، كتاب أدب القضاء ص١٨٦.

(7) ابن قدامة، المغني (٤، ١٢٤).

(8) سبق تخريجه.

وجه الدلالة:

أنه لا يرد اليمين على المدّعي؛ لأن اليمين مما اختص به المدّعى عليه[(١)].

أنه قد ظهر صدق المدعي في دعواه عند نكول المدّعي عليه، فيقضي له كما لو أقـــام البينة.

فالمانع من ظهور الصدق في خبره إنكار المدعى عليه، وقد عارضه النكول؛ لأنه لـــو كان صادقاً في إنكاره لما نكل، فزال المانع للتعارض، فظهر صدقه في دعواه[(٢)].

وقد رُدَّ[(٣)] على هذا الاستدلال:

أن النكول قد يكون لجهله بالحال وتورعه عن الحلف، أو للخوف من عاقبة اليمـــين، أو ترفعاً عنها مع علمه بصدقه في إنكاره، فلا يتعيّن بنكوله صدق المدّعي فلا يجوز الحكم به من غير دليل.

إلا أن الحنفية قد ردوا[(٤)] على هذا بقولهم:

إن هذا احتمال نادر؛ لأن اليمين الصادقة مشروعة، فالظاهر أن الإنســـان لا يرضـــى بفوات حقه تحرزاً عن مباشرة أمر مشروع، فمثل هذا الاحتمال لا اعتبار له شرعاً.

ما ورد في الأثر[(٥)]:

عن عبدالله بن عمر أنه باع غلاماً له بثمانمائة درهم. وباعه بالبراءة، فقال الذي ابتاعه لعبدالله بن عمر: بالغلام داء لم يسمّه.

فقال عبدالله بن عمر: إني بعته بالبراءة.

---

(1) المنبجي، أبو محمد على بن زكريا، (١٩٩٤)، اللباب في الجمع بين السنة والكتاب، (ط٢). دمشق، دار القلم ج٢ ص٥٧٨، البهوتي، كشاف القناع (٦، ٣٣٣).

(2) الكاساني، بدائع الصنائع، (٦، ٢٣٠) وما بعدها.

النكول عند الإمام أبي حنيفة بذل، ولذلك لا يجري في الحدود واللعان، فيجعل باذلاً صيانة لـــه عـــن الحرام، بخلاف الصاحبين فهو إقرار عندهما، والناكل ممتنع عن اليمين الكاذبة ظاهراً، فيصير معترفاً بالمدّعى دلالة، إلا أنه إقرار فيه شبهة، والحدود تندرئ بالشبهات، واللعان في معنى الحدود، أما أبـــو حنيفة فيرى أنا لو اعتبرناه إقراراً يكون كاذباً في إنكاره، والكذب حرام، ولو جعلناه بـــذلاً وإباحـــة لا يكون كاذباً فيجعل صيانة له عن الحرام. ابن مودود، الاختيار ١١٢/٢ وما بعدها.

(3) ابن قدامة، المغني (٤، ١٢٥).

(4) الكاساني، بدائع الصنائع (٦، ٢٣٠).

(5) مالك بن أنس، (١٩٩٧)، الموطأ، (ط١). بيروت: دار إحياء التراث العربي. ص ٣٨١.

فقضى عثمان بن عفان على عبدالله بن عمر باليمين، أن يحلف له لقد باعه الغلام وما به من داء يعلمه.

فأبى عبدالله أن يحلف له وارتجع العبد.

وجه الدلالة:

أنه لما أبى أن يحلف، حكم عليه عثمان بالنكول، فلأنها في المال حُكم فيها بالنكول[(١)].

وأما أهم ما استدل به المالكية والشافعية:

١- أن الشارع شرع اليمين مع الشاهد الواحد، فلم يكتف في جانب المدّعي بالشاهد وحده، حتى يأتي باليمين تقوية لشاهده.

ونكول المدعى عليه أضعف من شاهد المدعي، فهو أولى أن يقوى بيمين الطالب، فإن النكول ليس بينة من المدعى عليه ولا إقراراً، وهو حجة ضعيفة، فلا يقوى على الاستقلال بالحكم، فإذا حلف معه المدعي قوي جانبه، فاجتمع النكول من المدعى عليه، واليمين من المدعي، فقاما مقام الشاهدين أو الشاهد واليمين[(٢)].

٢- أن أصول الشرع موضوعة على إثبات اليمين في جنبة أقوى الخصمين، وأقواهما في الابتداء المدعى عليه؛ لأن الأصل براءة ذمته، فجعلت اليمين في جنبته، فلما نكل عنها صار المدعى أقوى منه؛ لأن توقفه عن اليمين شبهة في صحة الدعوى، فصار المدّعي بها أقوى منه، فاستحقت اليمين في جنبته لقوته[(٣)].

٣- ما ورد في الأثر[(٤)]:

أن المقداد استلف من عثمان سبعة آلاف درهم، فلما قضاها أتاه بأربعة آلاف، فقال عثمان: إنها سبعة.

فقال المقداد: ما كانت إلا أربعة، فلم يزالا حتى ارتفعا إلى عمر، فقال المقداد: يا أمير المؤمنين: ليحلف أنها كما يقول، وليأخذها.

فقال عمر: أنصفك، احلف أنها كما تقول وخذها.

---

(1) ابن قدامة، المغني (١٢، ١٢٦).

(2) تكملة المجموع (٢٢، ٧٠)، ابن فرحون، تبصرة الحكام (١، ٢١٩).

(3) الماوردي، الحاوي الكبير (١٧، ١٤٤)، وأدلة أخرى ذكرها: القرافي، الفروق (٤، ٢٠٦).

(4) القرافي، الفروق (٤، ٢٠٥ وما بعدها).

وجه الدلالة:

أن عمر بن الخطاب نقل اليمين إلى المدّعي، ولم يختلف في ذلك عمر وعثمان والمقداد، ولم يخالفهم غيرهم، فكان إجماعاً[١].

وقد رد الحنفية[٢] على هذا الاستدلال:

بأنه لا حجة فيه لأمرين:

لأن فيه ذكر الرد من غير نكول المدّعى عليه.

أن تأويله أن المقداد ادّعى الإيفاء، وأنكر عثمان، فتوجهت اليمين عليه وهذا لا خلاف فيه.

على أنه قبل مناقشة الآراء، لا بد من ذكر رأي للإمام ابن تيمية في تعليقه على ورود الأثرين السابقين.

فقد استدل الإمام ابن تيمية[٣] من هذين الأثرين؛ أن الحكم يختلف باختلاف الموضع، ولا تعارض بينهما.

فكل موضع أمكن المدّعي معرفته والعلم به، فرد المدّعى عليه اليمين، فإنه إن حلف استحق، وإن لم يحلف لم يحكم له بنكول المدّعى عليه، كما في قضاء عمر في قضية عثمان والمقداد، فإن المقداد قال لعثمان: احلف أن الذي دفعته إليّ كان سبعة آلاف وخذها، فإن المدّعي هنا يمكنه معرفة ذلك والعلم به، فإذا لم يحلف لا يحكم له إلا ببينة أو إقرار.

وأما إذا كان المدّعي لا يعلم ذلك، والمدّعى عليه هو المنفرد بمعرفته، فإنه إذا نكل عن اليمين حكم عليه بالنكول ولم ترد على المدّعي، كما في قضاء عثمان على عبدالله بن عمر، فإن عثمان قضى عليه أن يحلف أنه باع الغلام وما به داء يعلمه، وهذا يمكن أن يعلمه البائع، فإنه إنما استحلفه على نفي العلم أنه لا يعلم به داء، فلما امتنع، قضى عليه بنكوله.

ويظهر مما سبق:

أن المالكية والشافعية أقاموا نكول المدّعى عليه مقام الشاهد، ولا يقضى بالشاهد الواحد

---

(1) المصدر نفسه.

(2) الكاساني، بدائع الصنائع (٦، ٢٣٠).

(3) ابن قيم، الطرق الحكمية ص٩٩.

إلا مع اليمين، فلا بد من اليمين مع نكول المدّعى عليه؛ لأن الحق عندهم لا يثبت بسبب واحد، فإن حلف استحق وإلا فلا شيء له.

وأما الحنفية فالنكول في الأموال بمثابة البذل والإقرار كما سبق ذكره، إذ لولا ذلك لأقدم المدعى عليه على اليمين ليدفع الضرر عن نفسه، وامتناعه عن ذلك مع علمه بما قد يترتب على نكوله بمثابة الموافقة، فلا حاجة لرد اليمين على المدّعي.

والراجح:

وإن كان للمدّعى عليه القدرة والاستطاعة أن يدفع عن نفسه باليمين، إلا أنه قد يكون في بعض الأحيان ناسياً أو شاكاً أو مشتبهاً في قدر المدعى به أو صفته أو الوفاء به، فالأولى تكليف المدعي باليمين المردودة خاصة وأنه لا يخسر شيئاً ولا يكلف بما يحرجه طالما أنه واثقاً من حقه -والله أعلم-.

المطلب الثاني

التحكيم

وهو إحدى الوسائل المشروعة لفض النزاع والخلاف بين الناس، ويقصد به تولية الخصمين حاكماً يحكم بينهما[1].

وفي مجلة الأحكام العدلية[2] عرِّف بأنه اتخاذ الخصمين برضاهما حاكماً يفصل خصومتهما ودعواهما.

وأما الشيخ الزرقا[3] فقد عرّفه بأنه عقد بين طرفين متنازعين يجعلان فيه برضاهما شخصاً آخر حاكماً بينهما لفصل خصومتهما، وقد يكون بين أكثر من طرف.

فالتحكيم كالقضاء، وسيلة لفض النزاع بين الناس وبيان صاحب الحق، لذلك اشترط الفقهاء أن يكون المحكم صالحاً للقضاء[4]؛ لأنه بمنزلة القاضي بالنسبة للخصمين.

(1) ابن عابدين، رد المحتار (٨، ١١٢).

(2) المادة (١٧٩٠)، باز، شرح المجلة، ص١١٦٣.

(3) الزرقا، مصطفى أحمد، (١٩٦٧)، المدخل الفقهي العام، (ط٩). دمشق: مطابع ألف باء، ج١ ص٥٥٥.

(4) الخصاف، شرح أدب القاضي (٤، ٤٨٣)، الشربيني، مغني المحتاج ج٤ ، ص٣٧٨ وما بعدها، ابن أبي الدم، كتاب أدب القضاء ص١٤٠، البهوتي، شرح منتهى الإرادات (٣، ٤٦٧).

وكذلك طريق الحكم في القضاء والتحكيم سواء بإقامة البينة أو الإقرار أو النكول عن حلف اليمين[١]، فإن قام الحكم على ذلك كان حجة موافقة للشرع، وإلا كان باطلاً.

إلا أن التحكيم يختلف عن القضاء في عدة أمور أهمها[٢]:

١- محل التحكيم:

يعتبر التحكيم فرعاً، والقضاء أصلاً، لذلك كان القضاء أوسع مجالاً في استيعاب القضايا على اختلاف أنواعها.

أما التحكيم فقد اتفق الفقهاء على جوازه في الأموال، وأما في غير ذلك ففيه خلاف[٣].

٢- يشترط في التحكيم تراضي الخصمين على المحكّم قبل حكمه، حيث لا يقوم التحكيم إلا على التراضي، بخلاف القضاء[٤].

لزوم التحكيم ونفاذه:

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية[٥] والمالكية[٦] والشافعية في الأظهر[٧] وهو مذهب الحنابلة[٨] إلى أنه بعد صدور الحكم يصبح نافذاً على الخصوم، ولا يحق لأي من طرفي الخصومة الرجوع عن التحكيم، إلا إذا كان فيه ظلم بيّن لا يختلف فيه أهل العلم فيحق نقض الحكم[٩].

وبذلك تتحقق غاية التحكيم وإلا فإن توقف تنفيذه على رضاهما، يصير التحكيم لغواً[١٠].

---

(1) الزيلعي، تبيين الحقائق (٥، ١١٧).

(2) الموسوعة الفقهية (١٠، ٢٣٤).

(3) الزيلعي، تبيين الحقائق (٥، ١١٨)، القرافي، الفروق ج١ ص٣٤
النووي، روضة الطالبين (١١، ١٢١)، المرداوي، الإنصاف (١١، ١٨٧).

(4) الزيلعي، تبيين الحقائق (٥، ١١٨).

(5) السرخسي، المبسوط (١٦، ١٣١).

(6) ابن فرحون، تبصرة الحكام (١، ٥٥).

(7) ابن أبي الدم، كتاب أدب القضاء ص١٣٩.

(8) البهوتي، شرح منتهى الإرادات (٣، ٤٦٧).

(9) ابن فرحون، تبصرة الحكام (١، ٤٤).

(10) الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب، (١٩٧١)، أدب القاضي، بغداد: مطبعة لإرشاد، ج٢ ص٣٨٢ وما بعدها.

المطلب الثالث

الصلح

ومعناه اصطلاحاً[١]: هو عقد يرفع النزاع.

وقد عرّفه ابن عرفة[٢] بأنه انتقال عن حق لرفع نزاع، أو خوف وقوعه.

أي لتوقي منازعة محتملة الوقوع.

فالصلح والتحكيم وسيلتان لحل النزاع، غير أن التحكيم لا بد فيه من تولية من قبل القاضي أو الخصمين وأما الصلح يكون الاختيار فيه من الطرفين أو من متبرع به[٣]؛ فالتحكيم قد ينتج عن حكم قضائي. بخلاف الصلح فإنه ينتج عن عقد يتراضى عليه الطرفان المتنازعان[٤].

ويرى الفقهاء أن عقد الصلح[٥] ليس عقداً مستقلاً قائماً بذاته في شروطه وأحكامه بل هو متفرع عن غيره في ذلك، فتسري عليه أحكام أقرب العقود إليه شبهاً بمضمونه.

فالصلح عن مال يعتبر في حكم البيع، والصلح عن مال بمنفعة يعدّ من الإجارة ونحو ذلك.

ويظهر أثر الصلح في حسم النزاع الذي وقع فيه[٦] مع تطييب للنفوس، فهو يضع حداً لما تتركه الخصومات من أحقاد في النفوس والتي قد تزيدها اللجوء إلى القضاء، فيؤدي إلى تآلف القلوب المتنافرة، وتحقيق الأمن بين أفراد المجتمع.

---

(1) الزيلعي، تبيين الحقائق (٥، ٤٦٧)، الزرقا، المدخل الفقهي (١، ٥٥٤).

(2) الخرشي، محمد بن عبدالله بن علي؛ (١٩٩٧). (ط١). بيروت: دار الكتب العلمية (٦،٢).

(3) الموسوعة الفقهية (١٠، ٣٢٥).

(4) المصدر نفسه (٢٧، ٣٢٤).

(5) الزيلعي، تببيه الحقائق (٥، ٤٧١)، حاشية الخرشي (٦، ٢٦٥ – ٢٦٧) والنووي، روضة الطالبين (٤، ١٩٣ – ١٩٦)، البهوتي، كشاف القناع (٣، ٣٧٩ – ٣٨٥).

(6) الشواربي، عبد الحميد، (١٩٩٦)، التحكيم والتصالح في ضوء الفقه والقضاء والتشريع، منشأة المعارف، ١٩٩٦م، ص٤٢٩. و ياسين، محمد يحيى، (١٩٧٨)، عقد الصلح، دار الفكر العربي، ١٩٧٨م، ص٢٢ وما يليها.

الفصل الثاني

الاختلاف في أصل العقد وصحته

المبحث الأول

الاختلاف في أصل العقد

قد يختلف شخصان، فيدّعي أحدهما وجود عقد بينهما، في حين ينفي الآخر وجود ذاك العقد أصلاً، أو يقر بوجود عقد يختلف عما ادّعاه الأول.

فصورة المسألة تتفرع إلى:

١- جحود العقد.

٢- الاختلاف في جنس العقد.

المطلب الأول

أولاً: جحود العقد:

إذا اختلف شخصان بأن أقر أحدهما بوجود عقد بينهما، وأنكره الآخر، ولا بينة لأحدهما، فالقول قول المنكر بيمينه[١] لقوله صلى الله عليه وسلم: (البينة على من ادّعى واليمين على من أنكر)[٢]، ولأن الأصل عدم العقد.

إلا أنه يختلف أثر جحود العقد بحسب نوعه:

إن كان من العقود اللازمة[٣] -غير النكاح- كالبيع مثلاً، وجحده أحد المتبايعين، فلا يترتب على إنكاره له انفساخ العقد، وكان للآخر التمسك بالعقد، وله بعد الإثبات المطالبة بتنفيذه.

---

(1) الكاساني، بدائع الصنائع (٦، ٢٢٥)، ابن جزئ، القوانين الفقهية ص٣٢٣، البقاعي، عمر، (١٩٩٩)، فيض الإله المالك في حل ألفاظ عمدة لسالك وعدّة الناسك، (ط١)، بيروت: دار الكتب العلمية، ج٢، ص٣٠٢، ابن قدامة، المغني (١٢، ١٦٤).

(2) سبق تخريجه.

(3) العقود اللازمة أصناف:- ١- عقد لازم بحق الطرفين ولا يقبل الإقالة وهو عقد الزواج، فإنه لا يقبل الإلغاء الاتفاقي، وسيتم بحث أثر جحوده في عقد النكاح.٢- عقود لازمة بحق الطرفين ولكنها تقبل الفسخ باتفاق الطرفين، كالبيع والصلح ونحوهما أنظر: الشيخ نظام وجماعة من العلماء، الفتاوي الهندية (٤، ٣٣)، القرافي، شهاب الدين أحمد بن ادريس، (١٩٩٤)، الذخيرة، (ط١)، بيروت: دار الغرب الإسلامي، (٥، ٣٢)، الماوردي، الحاوي (٥، ٢٩٦)، ابن قدامة، المغني=

لكن إن رضي الآخر بالفسخ بأن ترك الخصومة بقول أو فعل يدل على الرضى بالفسخ ينفسخ العقد.

فإن كان العقد غير لازم، فللمسألة عدة صور منها:

١- عقد الإيداع:

وهو عقد موضوعه استعانة الانسان بغيره في حفظ ماله[١].

فلو جحد المودع عنده الوديعة، بأن أنكرها وقال للمودع: ليس لك عندي وديعة، ولا بينة للمودع، فالقاعدة الفقهية: (البينة على المدعي واليمين على من أنكر)[٢] فيكون القول للمنكر.

ولكن لو أقام المودع بينة على الإيداع، أو أقرّ بها المودع عنده بعد جحودها، فقد ارتفع العقد بالجحود، فإذا هلكت الوديعة فيضمنها المودع عنده هذا باتفاق الفقهاء[٣].

وقد علّل الكاساني[٤] ذلك:

لأنه لما طلب منه رد الوديعة، فقد عزل المودع عنده عن الحفظ، والمودع عنده لما جحد الوديعة حال حضرة المالك، فقد عزل نفسه عن الحفظ، فانفسخ العقد، وأصبح مال غيره في يده بغير إذنه، فيكون مضموناً عليه.

إلا أن فقهاء الحنفية[٥] اختلفوا فيما لو جحدها في حال غيبة المالك على قولين:

١- ذهب الإمام أبو يوسف إلى أنه لا يضمن.

=(٤، ٢٩١). ٣- عقود لازمة بحق أحد الطرفين فقط، كالرهن والكفالة؛ فإنهما لازمان بالنسبة إلى الراهن والكفيل، وغير لازمين بالنسبة إلى الدائن المرتهن والمكفول له لأنهما توثيق لحقهما. أنظر: حطاب، أبو عبدالله محمد، (١٩٩٢). مواهب الجليل. (ط٣). دار الفكر. (٥، ٢٩)،الشربيني، شمس الدين محمد الخطيب، (١٩٩٤)، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، (ط١). بيروت: دار الكتب العلمية، (٢، ٥٩)، ابن مفلح، أبو اسحاق برهان الدين، المبدع في شرح المقنع، (ط١).دمشق: المكتب الإسلامي، (ط١). (٤، ٢٣٦)، تصنيف العقود، أنظر: الزرقا، المدخل الفقهي، (١، ٥٧٧، وما بعدها).

(1) الزرقا، المدخل الفقهي (١،٥٤٨).

(2) سبق ذكرها.

(3) السرخسي، المبسوط (١١، ١٢٥) وما بعدها، ابن عرفة، حاشية الدسوقي (٣، ٤٢٥)، الماوردي، الحاوي (٨، ٣٧٧)، البهوتي، شرح منتهى الإرادات (٢، ٣٥٩).

(4) الكاساني، بدائع الصنائع (٦، ١١) وقد ذكر الزيلعي ما يشبه ذلك، تبيين الحقائق (٦، ٢٣).

(5) العيني، محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن الحسين بدر الدين، (٢٠٠٠)، البناية شرح الهداية. (ط١). بيروت: دار الكتب العلمية، ج١٠ ص١١٨.

٢- وأما زفر فقال يضمن.

تعليل قول أبي يوسف[1]:

أن الجحود عند غير المالك حال غيبته يعتبر من باب الحفظ والصيانة عرفاً وعادة؛ لأن الإيداع قائم على الستر والإخفاء، فكان الجحود عند غير المالك حال غيبته حفظاً معنـــى، فــلا يكون سبباً لوجوب الضمان.

كما أن الجحود سبب للضمان من حيث أنه يرفع العقد بالعزل، ولا يصح العزل في حالة الغيبة فلا يرتفع العقد، كما أن صاحبه لم يعزله فيكون باقياً على حاله.

وأما زفر[2] فتعليل قوله:

إن ما هو سبب للضمان لا يختلف بالحضرة والغيبة، وبالجحود صار غاصباً، كمـــا أن الجحود سبب الضمان لكونه إتلافاً حكماً فلا يختلف عن الإتلاف حقيقة في أي حال كان.

وقد رُدَّ على قول زفر[3]:

بأنه في هذه الحالة لا يعد إتلافاً؛ لأن قصده هنا حفظها والتستر عليها خوفاً من أن يطمع بها أحد، أما الإتلاف فإنما يكون إذا أراد تملكها وهو غير متحقق.

الراجح:

أن ما ذهب إليه أبو يوسف من عدم الضمان له ما يسوغه، لأنه كما ذكــر قــد يكــون الإنكار لحفظ الوديعة والتستر عليها، فيبقى العقد قائماً إلى أن يصرّح المودع عنده بإنكارها حال حضرة المالك، هذا إذا كان الجحود خارج مجلس القضاء أمام الناس، حيث يمكن حملــه علـــى التستر والحفظ.

وأما إذا كان الجحود أمام القاضي في مجلس القضاء، فإرادة التستر غير مبررة كما لو جحد الوديعة أمام القاضي وإدّعى ملكيتها، فالظاهر في هذه الحالة أن إنكار المودع عنده لا يراد به التستر فيضمن بجحودها -والله أعلم-.

كما ظهر خلاف آخر بين فقهاء الحنفية في حكم جحود الوديعة إن كانت عقاراً.

---

(1) الكاساني، بدائع الصنائع (٦، ٢١٣)، السرخسي، المبسوط (١١، ١٢٦).

(2) داما دافندي، عبد الرحمن بن محمد، (١٩٩٨)، مجمع الأنهر، (ط١). بيروت: دار الكتب العلمية. ج٣ ص٤٧١.

(3) الزيلعي، تبيين الحقائق (٦، ٢٤).

ولعلّ تفرد فقهاء الحنفية في بحثها مردّه أن جحود الوديعة بمنزلة الغصب[١]، وقد اختلفوا في ضمان العقار في حالة الغصب.

فعند الإمام أبي حنيفة وأبي يوسف[٢]: لا ضمان على المودع عنده إن جحد الوديعة وكانت عقاراً، لأنه تعدٍ وليس بغصب، فهو موجب للرد.

وأما الإمام محمد من الحنفية[٣] –وهو رأي فقهاء المالكية[٤] والشافعية[٥] والحنابلة[٦] – فعنده جحود الوديعة– منقولاً كانت أم غير منقول يوجب الضمان.

فالغصب عند الحنفية هو إزالة يد محقة بإثبات يد مبطلة في مال متقمم محترم قابل للنقل[٧].

وبذلك فهو لا يتحقق في العقار؛ لعدم إزالة اليد، لأنه لا يمكن نقله، وأقصى ما يكون فيه إخراج المالك منه، وذلك تصرف في المالك لا في العقار، فلا توجب الضمان عند الإمام أبو حنيفة وأبو يوسف[٨].

وأما عند الإمام محمد فإن الاستيلاء يقوم مقام الإزالة، ولذا ضمن العقار وإن لم تتحقق فيه الإزالة[٩]؛ لأن اليد ليست هي إلا عبارة عن القدرة على التصرف فتحققت في يد الغاصب، وعدم اليد عبارة عن عدم القدرة على التصرف وهو ما تحقق في المالك، فانتفت يده[١٠].

وعند المالكية[١١] الغصب هو أخذ المال قهراً تعدياً بلا حرابة، فالمال سواء منقول أو غيره، فيضمن في العقار.

---

(1) السرخسي، المبسوط، ج١١ ص٧٧.

(2) ابن نجيم، البحر الرائق، ج٧ ص٤٧١.

(3) المصدر نفسه.

(4) ابن عرفة، حاشية الدسوقي، ج٣ ص٤٢٥.

(5) الماوردي، الحاوي، ج٨ ص ٣٧٧.

(6) البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج٢ ص٣٥٩.

(7) حاشية ابن عابدين، ج٦ ص١٧٨.

(8) ابن نجيم، البحر الرائق، ج٧ ص٤٧٢.

(9) حاشية ابن عابدين، ج٦ ص١٧٨.

(10) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٦ ص ٣١٩.

(11) الحطاب، مواهب الجليل، ج٥ ص٢٧٤.

وأما الشافعية[1] والحنابلة[2] فالغصب هو الاستيلاء، وبذلك ففي العقار الضمان.

الراجح:

إن اتفاق الفقهاء على ضمان الوديعة بالجحود مردّه أن يد المودع يد أمانة، وبجحوده أصبحت يد ضمان؛ لأنه استولى على مال غيره، ويتحقق هذا الأمر في المنقول وغيره من حيث الاستيلاء على مال الغير وسلبه إياه بعدم قدرة صاحبه من الانتفاع به، وهو ما يتحقق إذا جحد الوديعة وكانت عقاراً.

فالراجح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء ومحمد من الحنفية بوجوب ضمان الوديعة عند حجودها وإن كانت عقاراً –والله أعلم–.

٢ – عقد الوكالة:

وهي عقد تفويض ينيب فيه الإنسان شخصاً آخر عن نفسه في التصرف[3].

فإن اختلف في أصل الوكالة، بأن قال: وكلتني في كذا، فأنكر الموكل، فالقول قول الموكل؛ لأن الأصل عدم الإذن، وإن أنكر الوكيل الوكالة فالقول قوله عند عدم البيّنة[4].

وإن كان الخلاف بعد التصرف:

كما لو اشترى الوكيل شيئاً ثم طالب الموكّل بالثمن، فأنكر الموكّل الوكالة بأن قال: لم آمره بالشراء، ولم يكن لأحدهما بينة، فالقول قول الموكل، والشراء لازم للوكيل.

فإن أقام كل منهما بيّنة، فيقضى ببينة الوكيل، لأنها أكثر إثباتاً[5].

وأما لو باع الوكيل سلعة، ثم أنكر الموكّل الإذن ببيعها ولم يكن لأحدهما بيّنة، فعند المالكية إن كانت السلعة قائمة لم تفت، خيّر صاحبها، فإن شاء أجاز البيع وأخذ الثمن، وإن

---

(1) الرملي، نهاية المحتاج، ج٥ ص١٤٤.

(2) ابن قدامة، المغني، ج٥ ص٣٧٤.

(3) الزرقا، المدخل الفقهي، ج١ ص٥٥٣.

(4) السرخسي، المبسوط، ج٢٢، ص٤٣، ابن عرفة، حاشية الدسوقي (٣، ٣٩٣)، الرافعي، أبو القاسم عبدالكريم بن محمد، (١٩٩٧)، العزيز، شرح الوجيز، (ط١). بيروت: دار الكتب العلمية، ج٦، ص٢٦١، الرحيباني، مطالب أولي النهى (٦، ٤٨٢).

(5) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٤ ص٢٢٦، الحطاب، مواهب الجليل، ج٥ ص٢١٤، زكريا أبو يحيى، (٢٠٠١)، أسنى المطالب شرح روض الطالب، (ط١). بيروت: دار الكتب العلمية، ج٥ ص٧٨، ابن قدامة، المغني، ج٥ ص٢٤٩.

لم يجز نقض البيع وأخذ سلعته، وأما إن فاتت فهو بالخيار إن شاء أخذ الثمن وإن شاء له قيمتها[١].

وإن أنكر الوكيل الوكالة وقبض المتاع مثلاً، ثم أقام المدّعي بينة بالوكالة وقبض المتاع، صار ضامناً؛ لأنه خرج بالجحود عن الأمانة[٢].

ولكن هل يعد جحود أحدهما –الوكيل أو الموكل– سبباً لانتهاء عقد الوكالة؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

١- الراجح عند الحنفية[٣] وهو مذهب الشافعية[٤]: تنتهي الوكالة بجحودها من الموكل أو الوكيل، لأن الجحود رجوع عن الوكالة ورد لها.

فالجحود هنا عزل ما عدا النكاح.

واشترط الشافعية في ذلك تعمد الإنكار، وأن لا يكون للمنكر غرض في ذلك أما إن أنكر الوكيل الوكالة لنسيان أو لإخفائها خوفاً من ظالم فلا يعد رجوعاً.

٢- وعند الحنابلة[٥] ومحمد بن الحسن من الحنفية[٦]: لا تبطل الوكالة بالجحود.

لأنه لا يدل على رفع الإذن السابق، كما لو أنكر زوجية امرأة، ثم قامت بها البينة، فإنه لا يكون طلاقاً[٧].

الراجح:

أنها تبطل بالجحود حيث تختلف الوكالة عن الزواج؛ لأن الوكالة إذن وأمانة، فبما أنه أنكر الإذن فلا داعي لبقائها، فيكون الإنكار بمثابة العزل، على أن لا يُحيط بإنكاره أية ظنون من

---

(1) الإمام مالك، المدونة، ج٥ ص١٥٤٧، وأما عند باقي الفقهاء فمن باع ملك غيره بلا إذن فهو صحيح موقوف على إجازة المالك عند الحنفية، السرخسي، المبسوط، ج١٣ ص١٥٥، وأما عند الشافعية والحنابلة فالبيع باطل، زكريا، أسنى المطالب، ج٢ ص١١، البهوتي، كشاف القناع، ج٣ ص١٥٨.

(2) الدردير، الشرح الصغير، (٣، ٥١٨)، الماوردي، الحاوي، (٦، ٥٢٤).

(3) العيني، البناية، (١٠، ١١٨).

(4) الشربيني، مغني المحتاج، (٣، ٢٣٣).

(5) البهوتي، كشاف القناع، (٣، ٤٥٩).

(6) العيني، البناية، (١٠، ١١٨).

(7) الرحيباني، مطالب أولي النهى، (٣، ٤٥٨).

نسيان أو خوف، فكما اشترط الشافعية بأن لا يكون للمنكر غرض من ذلك. حتى يتضح الأمــر بأن إنكاره ما هو إلا رجوع عن الوكالة وردّ لها.

٣- المضاربة:

وهي عقد شركة في الربح بمال من جانب وعمل من جانب[١].

فلو جحد المضارب المضاربة أصلاً، ورب المال يدّعي دفع مال إليه مضاربة:

فالقول قول المضارب؛ لأن رب المال يدّعي عليه قبض ماله وهو ينكر، فكــان القــول قوله[٢].

فإن قامت عليه بيّنة أو أقرّ بها بعد جحودها ضمن المال؛ لأن المضارب أمين إذا قبض المال، ولكن بالجحود يصير ضامناً[٣].

وجحود عقد المضاربة يكون فسخاً للعقد أو رفعاً له، وإذا ارتفع العقــد، صــار المــال مضموناً عليه، فإن أقرَّ المضارب بعد الجحود لا يرتفع الضمان؛ لأن العقد قد ارتفع بالجحود فلا يعود إليه[٤].

وهل يكون إنكار المضاربة عزل؟

ذهب الفقهاء إلى أن إنكار المضاربة كإنكار الوكالة؛ لأن حقيقة المضاربة أنها توكيل في التصرف[٥]، وقد سبق بيان المسألة في الوكالة.

٤- الرهن:

وهو عقد موضوعه احتباس مال لقاء حق يمكن استيفاؤه منه[٦].

وهو من العقود اللازمة بحق أحد الطرفين وهو الراهن، وغير لازمة بالنسبة للمرتهن؛ لأن العقد توثيق لحقه.

---

(1) الزيلعي، تبيين الحقائق، (٥، ٥١٤).

(2) الكاساني، بديع الصنائع، (٦، ١١٠)، القرافي، الفروق، (٤، ١١٦).

(3) السرخسي، المبسوط، ج٢٢ ص١٤٣، الباجي، المنتقى شرح الموطأ، دار الكتــاب الإســلامي، ج٥، ص١٧٩، الرافعي، العزيز، ج٦ ص٢١، البهوتي، كشاف القناع، ج٣ ص٥١٣.

(4) الكاساني، بدائع الصنائع، (٦، ١١٠).

(5) زكريا، أسنى المطالب، (٥، ٣٤٦)، الشربيني، مغني المحتاج (٢، ٣١٩).

(6) الزرقا، المدخل الفقهي، ج١، ص ٥٤٤.

ولذلك لو جحد المرتهن الرهن مع بيّنة، وأقام الراهن بيّنة بها، يُقضى ببيّنة المرتهن[١].

وتعليل ذلك:

لأن الراهن لا يتعلق به اللزوم في جانب المرتهن، وهو متمكن من الرد متى شاء، وجحوده أقوى من رده، فالعين التي أثبت الراهن بيّنة الرهن بها قد انتفى ذلك بجحود المرتهن، كما أنه بمنزلة رد المرهون[٢].

فلو أقام الراهن البيّنة أنه رهن المصاغ الذهبي بألف وهو يساوي ألفين وقبضه، وأنكر المرتهن. فيسقط نصف قيمة المصاغ بدينه، وعلى المرتهن قيمة النصف الآخر؛ لأنه جحده، فصار ضامناً بالجحود[٣]؛ لأن ما زاد على قدر الرهن أمانة في يده، والأمين يضمن. وأما لو أقرّ المرتهن بالرهن ثم هلك فلا يضمن الزيادة؛ لأنه بالجحود[٤] أمين في الزيادة[٥].

وعند الشافعية يبطل الرهن بانكسار المرتهن[٦].

ولم يتعرض جمهور فقهاء المالكية والحنابلة إلى حكم جحود المرتهن الرهن، إلا أنه عند المالكية[٧] إذا اختلف الراهن والمرتهن في أصل الرهن صدّق مدّعي نفي الرهنية مع يمينه، سواء أكان المرهون بيد المرتهن أم بيد الراهن.

لأن المرهون صفة عارضة، وعلى مدّعيها الإثبات بالبينة وإلا فالقول قول المنكر.

وأما الحنابلة[٨] فالرهن بيد المرتهن يد أمانة، فيمكن القول أنه إن أنكر الأمانة فالقول قوله، وعلى مدّعيها الإثبات –والله أعلم–.

---

(1) السرخسي، المبسوط، ج٢١ ص١٣٠.

(2) المصدر نفسه.

(3) المصدر نفسه.

(4) السرخسي، المبسوط، ج٢١ ص١٣٠.

(5) الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، ج٥ ص٤٧٢، السرخسي، المبسوط، ج٢١ ص١٣٠.

(6) حاشية البجيرمي، ج٢ ص٣٦٥.

(7) الحطاب، مواهب الجليل، ج٥ ص٢٩.

(8) الرحيباني، مطالب أولي النهى، ج٣ ص٢٧١.

على أنه لو قال رجل لآخر: رهنتني بيتك بكذا، وقال الآخر لم أرهن لك شيئاً، ولا بيّنة لأحدهما.

فلا خلاف بين الفقهاء –الحنفية(١) والمالكية(٢) والشافعية(٣) والحنابلة(٤) –القول قول المالك (الراهن) مع يمينه.

لأن الأصل عدم الرهن، وعلى مدّعي الرهن الإثبات بالبينة.

وإن أقام كل منهما بيّنة، قدّمت بيّنة المرتهن(٥)، لأن البينات شرعت للإثبات لا للنفي(٦).

المطلب الثاني

الاختلاف في جنس العقد

إذا اختلف شخصان في جنس العقد، بأن ادّعى أحدهما عقداً، وادّعى الآخر عقداً مغايراً، ولا بينة لأحدهما.

فقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة مع تعدد صورها.

ومن صورها:

١- في البيع:

وله عدة صور منها:

أ- بيع مع هبة:

إذا قال أحدهما: بعتك هذه السلعة بمائة درهم، وقال الآخر: بل وهبتنيها.

اختلف الفقهاء فيمن يقبل قوله على قولين:

---

(1) بناء على أن الأصل عدم العقد، الكاساني، بدائع الصنائع، ج٦ ص٢٢٥.

(2) الحطاب، مواهب الجليل، ج٥ ص٢٩.

(3) الشربيني، معني المحتاج، ج٢، ص١٤٢.

(4) البهوتي، كشاف القناع، ج٣ ص٣٣٩.

(5) الحطاب، مواهب الجليل، ج٥ ص٢٩.

(6) ابن نجيم، البحر الرائق، ج٧ ص٣٧٢

١- قول عند الحنفية[١] وهو المشهور عند الشافعية[٢] ومذهب الحنابلة[٣]:

إلى أنه يحلف كل منهما على نفي دعوى الآخر؛ لأن كلاً منهما ينكر ما يدعيه الآخر؛ إذ الأصل عدم البيع وعدم الهبة، ولم يتفقا على عقد واحد، ثم يردّه مدّعي الهبة بزوائده المتصلة والمنفصلة.

٢- وهناك قول عند الشافعية[٤]:

أن القول لمدّعي الهبة؛ لأنه مالك باتفاقهما، وصاحبه يدّعي عليه البيع، والأصل براءة ذمته عنه.

وقد ذهب الحنفية والحنابلة[٥] إلى أنه إذا هلكت العين في يد مدّعي الهبة فإنه يكون ضامناً؛ لأن العين مال متقوم بنفسه، فلا يسقط حق المالك عن ماليته إلا بإسقاطه.

الراجح:

ما ذهب إليه أصحاب القول الأول؛ لأن كلاً منهما منكر لما ادّعاه الآخر، وللقاعدة الفقهية (الأصل في الأمور العارضة العدم)[٦]، وكلاهما منكر لجنس العقد، فكأنه لا تعاقد قد تم بينهما.

ب- بيع مع رهن:

لو قال أحدهما رهنتك المصاغ الذهبي بألف، وقال الآخر بل بعتنيه، وأقام كل منهما بيّنة.

فعند الحنفية[٧] جعل بيعاً.

وتعليل ذلك:

---

(1) الشيخ نظام، الفتاوى الهندية (٤، ٣٧)، (ورد في الفتاوى أنه عن محمد بأنهما لا يتحالفان وورد عنه أنهما يتحالفان واعتبر القول الثاني هو الصحيح).

(2) الشربيني، مغني المحتاج (٢، ٩٧).

(3) البهوتي، كشاف القناع (٤، ٣٣٢).

(4) الرافعي، العزيز (٤، ٣٧٨).

(5) السرخسي، المبسوط، (١١، ١٦٠)، ابن قدامة، المغني، (٥، ٣٧١).

(6) حيدر، درر الحكام، ج١ ص٢٦.

(7) ابن نجيم، البحر الرائق، ج٨ ص٢٧٤.

لأن البيع لازم من الجانبين، والرهن غير لازم من جانب المرتهن، كما أن البيع يوجب الملك بالحال بخلاف الرهن، فكانت بيّنة البيع أكثر إثباتاً.

كما أنه أمكن العمل بالبيّنتين، بأن يجعل كأنه رهن أولاً ثم باع؛ لأن البيع يـــرد علـــى الرهن، والرهن لا يرد على البيع[1].

وأما إن لم يكن لأي منهما بيّنة:

١- فالراجح عند الشافعية[2] وهو مذهب الحنابلة[3] أنه يحلف كل واحد منهما على نفـــي ما إدّعى عليه به؛ لأنه ينكره والأصل عدمه، ويأخذ الراهن رهنه ويبقى الألـــف بـــلا رهن.

ومن نكل منهما قُضي عليه بالنكول.

٢- وهناك قول عند الشافعية[4]:

حلف مدّعي الرهن؛ لأن الأصل عدم البيع، ويرد الألف ويسترد العين، ولا يحلف الآخر فلا رهن حيث لا يدّعيه.

وأما المالكية[5] فلم يرد حكم للمسألة -فيما أعلم، إلا أن القول عند المالكية لمدّعي نفـــي الرهنية، وعلى من إدّعى الرهن الإثبات.

٢- في المضاربة:

قد يختلف رب المال والمضارب في أصل المضاربة في صور متعددة، ومن ذلك:

الصورة الأولى:

أ- كون رأس المال مضاربة أو بضاعة:

الإبضاع هو بعث المال مع من يتّجر به تبرّعاً، والربح كلّه لرب المال.

والأصل أن يكون الإبضاع تبرّعاً من العامل، فإن كان بأجر فهو من باب الإجارة، إلا

(1) المصدر نفسه، حيدر، درر الحكام، المادة ١٧٦٤، ج٤ ، ص٥٣٨.

(2) زكريا، أسنى المطالب، ج٢ ص١١٦.

(3) المرداوي، الإنصاف، ج٥ ص١٧٠.

(4) الرملي، نهاية المحتاج، ج٤ ص١٦٧.

(5) حطاب، مواهب الجليل، ج٥ ص٣٠

أن المالكية يعتبرونه إبضاعاً ولو كان بأجر[١].

إن ادّعى رب المال أن المال هو بضاعة، وقال الآخر: بل مضاربة.

اختلف الفقهاء فيمن يقبل قوله على قولين:

١- ذهب الحنفية[٢] والمالكية[٣] والشافعية[٤]: إلى أن القول لرب المال مع يمينه.

٢- وأما الحنابلة[٥] فقد ورد عنهم قولان:

أ- القول للعامل.

ب- أنهما يتحالفان.

تعليل أصحاب القول الأول:

١. أن المضارب يدّعي شرطاً من جهة رب المال أو يدعي الشركة في مال الآخر ورب المال ينكر، فالقول قول المنكر[٦].

إلا أن المالكية بيّنوا أنه إن ادّعى رب المال البضاعة بلا أجر يكون للعامل أجرة المثل، وقد علّل ابن عرفة ذلك:

بأن القول لرب المال حتى لا يُغرَّم جزء الربح الذي ادّعاه العامل، وأما أن يكون للعامل أجرة المثل فلأن دعوى رب المال تتضمن أن العامل تبرع له بالعمل وهو ينكر ذلك، ويدّعي أنه بأجرة، فله أجرة المثل[٧]، إلا أن تكون إجارة مثله أكثر من نصف القراض، فلا يعطى أكثر مما ادّعى[٨].

وأما إن ادّعى رب المال البضاعة بأجر، وادّعى الآخر: المضاربة.

---

(1) الموسوعة الفقهية، ج١ ص١٧٢.

(2) السرخسي، المبسوط (٢٢، ١٧٠).

(3) ابن عرفة، حاشية الدسوقي، (٣، ٥٣٧).

(4) الرملي، نهاية المحتاج، ج٥ ص٢٤١.

(5) ابن قدامة، المغني (٥، ١٩٥)، البهوتي، كشاف القناع (٣، ٥١٤).

(6) العيني، البناية، (١٠، ١٠٣)، الكاساني، بدائع الصنائع (٦، ١١).

(7) ابن عرفة، حاشية الدسوقي (٣، ٥٣٧).

(8) مالك بن أنس (١٩٩٩)، المدونة الكبرى. (ط١). رواية الإمام سحنون بن سعيد التنوخي عن الإمام عبد الرحمن بن قاسم، صيدا: المكتبة العصرية، ج٦، ص١٩١١.

فالقول عند المالكية[١] للعامل مع يمينه بشروط خمسة:

١- أن تكون المنازعة بعد العمل الموجب للزوم المضاربة.

٢- أن يكون مثل المضارب يعمل في المضاربة، ومثل المال يدفع مضاربة.

٣- أن يزيد جزء الربح على أجرة البضاعة.

٤- أن يشبه أن يقارض بما ادّعاه من نصف الربح.

٥- أن لا يطابق العرف دعوى رب المال.

وقد علل ابن عرفة[٢] ذلك: أنه قبل قول العامل، لأن الاختلاف بينه وبين رب المال يرجع للاختلاف في جزء الربح.

أما إذا فقد شرط فلا يقبل قوله، أو نكل فعندها حلف رب المال ودفع أجرة البضاعة[٣].

٢- وأما تفصيل مذهب الحنابلة:

فقد ورد عنهم قولان:

١- أن القول قول العامل، لأن العمل عمله، فيصدّق في صفته.

٢- أنهما يتحالفان، فيحلف كلاً منهما على إنكار ما ادّعاه خصمه، لأن كلا منهما منكر لما ادّعاه خصمه عليه[٤].

ويكون للعامل أقل الأمرين من نصيبه أو أجر مثله، لأنه يدّعي أكثر من نصيبه من الربح فلا يستحق الزيادة، وإن كان الأقل أجر مثله، فلم يثبت كونه قراضاً فيكون له أجر عمله[٥].

والباقي لرب المال؛ لأنه نماء ماله تابع له[٦].

(1) الخرشي، حاشية الخرشي (٦، ٢٢٤).

(2) ابن عرفة، حاشية الدسوقي (٣، ٥٣٧).

(3) مالك بن أنس، المدونة الكبرى (٦، ١٩١٢).

(4) البهوتي، كشاف القناع (٣، ٢٤).

(5) المقدسي، شمس الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن أحمد بن قدامة، الشرح الكبير، وفي حاشية المغني لابن قدامة المقدسي، ج٥، ص١٧٨.

(6) البهوتي، كشاف القناع (٣، ٥١٤).

الرأي الراجح:

ما ذهب إليه أصحاب القول الأول، حيث القول في ذلك لمن بيَّن كيفية خروج المال من يده، فرب المال والعاقد الآخر متفقان على أن المال الذي بيد المضارب ملك لغيره، وبذلك فإن مالك الشيء هو الذي يحدِّد كيفية خروج المال من يده، فادّعاء العامل بأنه مضاربة يعني أنه يريد التشارك في الربح، وهو ادّعاء بلا بينة، فيكون القول لرب المال.

الصورة الثانية:

ب- اختلافهما في كون رأس المال مضاربة أو قرضاً.

لو قال رب المال: أعطيتك المال مضاربة، وقال العامل: بل هو قرض.

اختلف الفقهاء فيمن يقبل قوله على ثلاثة أقوال:

١- ذهب الحنفية(١) والمعتمد عند الحنابلة(٢) أن القول قول رب المال.

٢- وذهب المالكية(٣) إلى أن القول قول مدّعي القرض، وهو الأظهر عند الشافعية(٤) عند بقاء المال وربحه.

٣- وهناك قول عند الحنابلة(٥): يتحالفان.

استدل أصحاب القول الأول بما يلي(٦):

١- أن المضارب يدّعي عليه التملك، وهو منكر، فالأصل بقاء ملكه عليه فيحلف رب المال، ويقسم الربح بحسب ادّعاء رب المال، فإن قال مضاربة بالنصف، قسّم بالنصف، ونحو ذلك.

٢- أن القول قول المالك في صفة خروج المال عن يده.

٣- فإن أقاما البينة، تقدم بينة المضارب؛ لأنها تثبت التمليك.

وأما ما استدل به أصحاب القول الثاني:

---

(1) العيني، البناية (١٠، ١٠٣).

(2) المقدسي، الشرح الكبير (٥، ١٧٧)، البهوتي، كشاف القناع (٣، ٥١٤).

(3) ابن عرفة، حاشية الدسوقي (٣، ٥٣٧).

(4) الرملي، شمس الدين محمد بن أبو العباس، (١٩٩٣)، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، بيروت: دار الكتب العلمية ج٥، ص٣٥١، زكريا، أسنى المطالب (٥، ٣٥٢).

(5) ابن قدامة، المغني (٥، ١٩٥).

(6) دامادافندي، مجمع الأنهر (٣، ٤٦٤)، البهوتي، كشاف القناع (٣، ٥١٤).

أن القول لمدّعي[1] القرض لعدة أمور:

١- أنه غُلّظ عليه؛ لأنه بصدد أن يتلف المال أو يخسر.

٢- أن اليد له في المال والربح.

٣- أنه قادر على جعل الربح له، بقوله: اشتريت هذا لي، فإنه يكون القول قوله.

٤- ولأن رب المال مدع للربح، فلا يصدق، والعامل يدّعي عدم ضمان ما وضع يده عليه، والأصل في وضع اليد على مال غيره الضمان.

وأما القول الثالث بأنهما يتحالفان فيمكن تعليله:

بأن كلا منهما منكر لما ادّعاه خصمه عليه، فيتحالفان.

الراجح:

أنه كما سبق، للمالك أن يحدّد الطريقة التي خرج بها المال من يده، ثم أن رب المال بادّعائه المضاربة يتحمل مخاطر الخسارة وتلف المال، فيكون قوله أقرب إلى الصدق، وأما ادّعاء العامل بأنه قرض فلا بينة له في ذلك، فيصدّق رب المال.

وأما لو قال رب المال: أعطيتك المال قرضاً، وقال الآخر: بل مضاربة، وقد تلف المال، ولا بيّنة لأحدهما.

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

١- عند الحنفية[2] إن تلف قبل التصرف وقول عند الشافعية[3] القول قول المضارب؛ لأنهما اتفقا على أن الأخذ كان بإذن رب المال، ورب المال يدّعي على المضارب الضمان، وهو ينكر، فالقول قوله.

فإن قامت بيّنة لهما، فالبيّنة بيّنة رب المال، لأنها تثبت أصل الضمان[4].

---

(1) الرملي، نهاية المحتاج (٥، ٣٥١)، السيوطي، الأشباه والنظائر ص٥٧، ابن عرفة، حاشية الدسوقي (٣، ٥٣٧)، المدونة الكبرى (٦، ١٩١٢).

(2) العيني، البناية، ج١٠ ص١٠٣.

(3) زكريا، أسنى المطالب، ج٥ ص٣٥٢.

(4) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٦ ص١١٠، دامادافندي، مجمع الأنهر، ج٣ ص٤٦٤.

٢- وأما المالكية[١] وهو مذهب الحنفية[٢] -إن كان بعد التصرف- ومذهب الشافعية[٣] وهو مذهب الحنابلة[٤]، صدّق المالك مع يمينه.

لأن رب المال يدّعي أنه قد أُخذ منه المال على ضمان، وأما العامل إنما يدّعي أخذه على غير ضمان، فكان القول لرب المال إلا أن يأتي العامل بمخرج، لأن عمله في مال الغير سبب موجب للضمان[٥].

فالأصل تصديق المالك في كيفية خروج ماله من يده، خاصة وأن العامل قد أقر له بمال قبله ويدّعي أنه لا ضمان عليه فلا يصدّق. والبينة بيّنة المضارب لأن رب المال يدّعي عليه الضمان وهو ينكر[٦].

والراجح:

ما ذهب إليه الحنفية من اختلاف الحكم بحسب التصرف، فقبل التصرف والعمل صدّق المضارب، وأما بعده صدّق رب المال؛ لأن العمل في مال الغير يوجب الضمان -والله أعلم-.

٣- الإجارة:

لو استخدم شخص حافلة صغيرة يملكها غيره لنقل بضائع من مكان إلى آخر، ثم اختلفا، فقال مستخدم الحافلة لمالكها: أعرتني إياها، وقال مالك الحافلة: أجرتكها بكذا.

ولبيان الحكم نجد أن الفقهاء بحثوا مسألة فيما إذا ركب شخص دابة غيره ثم اختلفا، فقال راكب الدابة لمالكها: أعرتني إياها، وقال المالك: أجرتكها بكذا.

فيختلف حكم المسألة باختلاف صورها:

١- إن كان الخلاف مع بقاء وسيلة النقل ولم يمض زمن له أجرة عادة:

---

(1) الإمام مالك، المدونة، ج٦ ص١٩١١.

(2) الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، ج٤ ص٣٥٥.

(3) الرملي، نهاية المحتاج، ج٦ ص٢٤٣.

(4) شمس الدين ابن قدامة، الشرح الكبير، ج٥ ص١٧٨.

(5) السرخسي، المبسوط، ج٢٢ ص٧٨.

(6) التسولي، البهجة، ج٢ ص ١٤٠.

فقد ذهب الحنفية[١] والمالكية[٢] والشافعية[٣] والحنابلة[٤] إلى أن القول قول الراكب بيمينه، وترد العين إلى مالكها لأنها عارية.

فالأصل عدم عقد الإجارة، ثم إن الراكب لا يدّعي لنفسه حقاً، ولم يتلف المنافع على المالك، فالمدعي على الحقيقة هو المالك[٥].

وأما تعليل الحنفية[٦] فلأن المنافع عندهم لا تقوّم بغير عقد، والأصل براءة الذمة، ولم يوجد ما يستحق الأجرة.

٢- وأما إن كان الخلاف بعد مضي مدة لمثلها أجرة، مع بقاء العين:

فقد اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

١- فقد ذهب الحنفية[٧] وقول عند الشافعية[٨] وقول عند الحنابلة[٩] إلى أن القول قول الراكب بيمينه.

٢- وذهب المالكية[١٠] والأصح عند الشافعية[١١] والحنابلة[١٢] إلى أن القول قول المالك مع يمينه.

تفصيل القول الأول:

القول للراكب مع يمينه للأسباب التالية:

(1) السمناني، روضة القضاة (٢، ٥٣٩).

(2) قياساً على سكن المتكاري يوماً أو يومين، الإمام مالك، المدونة، ج٥ ص١٧٧٥.

(3) النووي، روضة الطالبين (٤، ٤٤٢)، الرافعي، فتح العزيز (١١، ٢٣٥).

(4) ابن قدامة، المغني (٥، ٣٧١)، ابن مفلح، المبدع (٥، ١٣)، البهوتي، كشاف القناع (٤، ٨١).

(5) المراجع السابقة.

(6) السمناني، روضة القضاة (٢، ٥٣٩).

(7) السرخسي، المبسوط (١١، ١٦٠).

(8) النووي، روضة الطالبين (٤، ٤٤٢).

(9) ابن قدامة، المغني (٥، ٣٧١).

(10) الصاوي، بلغة السالك (٣، ٣٦٧)، القرافي، الذخيرة (٦ ، ٢٨).

(11) السيوطي، الأشباه والنظائر ص٦٨، (ورد عن السيوطي أن الأصح عند الشافعية القول قول المالك، وورد عن الماوردي في الحاوي (٧، ١٢١ وما بعدها) أن الأصح قول الراكب بيمينه.

(12) ابن قدامة، المغني (٥، ٣٧١).

١- أنهما تصادقا على أن الركوب قد حصل بالإذن، إلا أن المالك يدّعي على الراكب الأجرة، والراكب منكر، فالقول قوله لإنكاره ذلك[١].

٢- عند الحنفية[٢] المنفعة تأخذ حكم المالية والتقوم بعقد الإجارة. والمالك يدّعي ذلك، والراكب منكر، ولهذا لا يضمن شيئاً.

٣- ولأن الأصل براءة ذمته من الأجرة.

وإذا حلف الراكب برئ من الأجرة، وردت العين، وإن نكل ردت اليمين على المالك ليستحق ما ادّعاه من الأجرة، فإذا حلف فله المسمى وجهاً واحداً؛ لأن يمينه بعد النكول إما أن تجري مجرى البينة أو الإقرار، وأيهما كان فقد وجب الحكم بالمسمى هذا عند الشافعية[٣].

أما الحنفية فيحكم بنكوله[٤].

تفصيل القول الثاني:

القول للمالك بيمينه وذلك:

١- لأنهما اختلفا في كيفية انتقال المنافع إلى ملك الراكب، كما لو اختلفا في عين مال، فقال المالك: بعتها، وقال من في يده وهبتنيها، فإن المصدق هو المالك؛ إذ المنافع تجري مجرى الأعيان، فإذا اختلفا في المنفعة فيجب أن يكون القول للمالك وله الأجر[٥].

وقد رُدَّ على هذا الاستدلال[٦]:

أنه لا خلاف في أن المتصرف قد استهلك المنافع إما بعارية وإما بإجارة، ومن ادّعى ثبوت عوض على غيره في استهلاك منافعه لا بد من بينة على ذلك.

وأما استهلاك العين، فالمسألة مختلفة، حيث أنهما متفقان على أن العين كانت ملكاً لربها دون مستهلكها.

٢- واستدلوا بأن الظاهر يقتضي الاعتماد على قوله في الإذن، فكذلك في صفته[١].

---

(1) السرخسي، المبسوط (١١،١٦٠).

(2) المرجع السابق.

(3) الماوردي، الحاوي (٧، ١٢٢).

(4) قد سبق بيانه.

(5) الماوردي، الحاوي (٧، ١٢٢)، السيوطي، الأشباه والنظائر ص٦٨، البهوتي، كشاف القناع (٤، ٨٢).

(6) الماوردي، الحاوي (٧، ١٢٢).

٣- ولأن الأصل عدم التبرع[٢].

إلا أن أصحاب هذا القول اختلفوا في مقدار الأجرة.

فعند المالكية[٣]:

إن ادّعى أجرة تشبه فله، وإلا أجرة المثل، ثم إن القول للمالك ما لم يكن مثله يأنف من أخذ أجرة على مثل ذلك الشيء وإلا فالقول للمستعير بيمينه، فإن نكل غرم.

وعند الشافعية[٤]:

إن حلف المالك على نفي الإعارة، ولم يتعرض لإثبات الأجرة؛ لأنه مدّع فيها فيستحق أقل الأمرين من أجرة المثل والمسمى.

وأما إن حلف وتعرض لإثبات الأجرة مع نفي الإعارة ففي ذلك ثلاثة أوجه:

١- أجرة المثل وهو الصحيح عند الشافعية وقول عند الحنابلة[٥]؛ لأنهما لو اتفقا على الإجارة واختلفا في قدرها وجب أجر المثل، فمع الاختلاف في أصله أولى.

٢- يستحق المسمى وهو قول عند الحنابلة[٦]؛ لأنه وجب بقول المالك ويمينه فوجب ما حلف عليه كالأصل.

٣- أقل الأمرين من أجرة المثل والمسمى.

وعند الشافعية[٧] إن نكل المالك عن اليمين لم يحلف الراكب؛ لأنه لا يدّعي حقاً على المالك وإنما يدّعي الإعارة وليست لازمة.

---

(1) السيوطي، الأشباه والنظائر ص٦٨.

(2) القرافي، الذخيرة (٦، ٢٠٨).

(3) الصاوي، بلغة السالك (٣، ٣٦٧) (عند المالكية قد يكون القضاء بالأشبه من قول الخصمين، الاستحسان بأن تكون الحادثة مترددة بين أصلين، وأحد الأصلين أقوى بها شبهاً وأقرب، والأصل الآخر أبعد إلا مع القياس البعيد الظاهر أو عرف جار وضرب من المصلحة أو خوف مفسدة أو ضرب من الضرب والغدر فيعدل عن القياس على الأصل القريب إلى القياس على ذلك الأصل البعيد وهذا من جنس وجوه الاعتبار وأتم طريقة للقائسين، انظر ابن فرحون، تبصرة الحكام (١، ٥٨ وما بعدها).

(4) النووي، روضة الطالبين (٤، ٤٤٢ وما بعدها).

(5) البهوتي، كشاف القناع (٤، ٨٢).

(6) ابن قدامة، المغني (٥، ٣٧٢).

(7) النووي، روضة الطالبين (٤، ٤٤٣).

وأما إن هلكت العين:

فعند الحنفية[١] القول قول الراكب ولا ضمان عليه.

وأما الشافعية[٢] والحنابلة[٣]:

فإن اختلفا قبل مضي مدة لمثلها أجرة فالقول قول المالك؛ لأنه ادّعى الإجارة، فهو معترف للراكب ببراءة ذمته من ضمانها فيقبل إقراره على نفسه.

فإذا حلف المالك استحق القيمة، والقول في قدرها قول الراكب مع يمينه؛ لأنه ينكر الزيادة المختلف فيها والأصل عدمها.

ولا ينظر إلى إقرار الراكب بالعارية؛ لأن المالك رد قوله بإقراره بالإجارة فبطل إقراره.

وأما إن اختلفا بعد مضي مدة لمثلها أجر[٤]:

إن كان الأجر بقدر قيمة العين أو كان ما يدّعيه المالك منهما أقل مما يعترف به الراكب، فالقول قول المالك بغير يمين، إذ لا فائدة في اليمين على شيء يعترف له به الراكب، ويحتمل أنه لا يأخذه إلا بيمين؛ لأنه يدّعي شيئاً لا يصدق فيه، ويعترف له الراكب بما لا يدّعيه فيحلف على ما يدّعيه.

وأما إن كانت الأجرة أكثر من قيمتها فالقول قول المالك.

والصحيح أن هذه الحالة نادرة الوقوع في وقتنا الحالي إن لم تكن معدومة، فلا يمكن أن تكون أجرة النقل أو الركوب أعلى من قيمة وسيلة النقل؛ لأنه مهما ارتفع مقدار الأجر لا يصل إلى سعر الوسيلة نفسها وحتى لو وُجِدَ مثل ذلك فلا يمكن أن يدّعي أحد إعارة مثلها؛ لأنها لا تصدق عرفاً.

---

(1) الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، الفتاوي الهندية (٤، ٤١٤).

(2) النووي، روضة الطالبين (٤، ٤٤٣).

(3) ابن قدامة، المغني (٥، ٣٧٢)، البهوتي، كشاف القناع (٤، ٨٢).

(4) المصدر نفسه (٤، ٨٢).

المبحث الثاني

الاختلاف في صحة العقد وفساده

قد يتفق المتعاقدان على وجود تعاقد بينهما، إلا أنهما قد يختلفان في صحته، فيدّعي أحدهما فساده بينما يدّعي الآخر أنه صحيح ويطالب بتنفيذه.

وقبل بيان الحكم لا بد من بيان معنى الصحة والفساد.

المطلب الأول

تعريف الصحة والفساد

في اللغة:

الصحة: خلاف السقم.

وتعني أيضاً البراءة من كل عيب وريب[١].

أما الفساد: فهو نقيض الصلاح.

والمفسدة خلاف المصلحة، يقال هذا الأمر مفسدة لكذا أي فيه فساد[٢].

أما أصولياً:

الصحة: عبارة عن كون الفعل مسقطاً للقضاء في العبادات أو سبباً[٣] لترتب ثمراته المطلوبة منه شرعاً في المعاملات[٤].

فصحة العقد[٥]: عبارة عن وصف إن وجد ترتب الأثر من العقد، على أن يوافق الشرع، أي بأن يستجمع العقد أركانه وشروطه.

---

(1) ابن منظور، لسان العرب، م٧ ص٢٨٧.

(2) المرجع السابق: م١٠ ص٢٦١.

(3) الجرجاني، التعريفات ص١٠٥.

(4) البخاري، علاء الدين عبد العزيز بن أحمد، (١٣٠٨هـ)، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، بيروت: كتاب العربي، ج١ ص٢٥٨.

(5) العطّار، حسن العطّار حاشية العطّار على جمع الجوامع، بيروت: دار الكتب العلمية، ج٢ ص١٤١.

وعند الحنفية كذلك[١] فالعقد الصحيح هو ما كان مشروعاً بأصله ووصفه، لكونه موصلاً إلى تمام المقصود مع سلامة الدين.

ويقابل الصحة البطلان عند الجمهور[٢]، بأن لا يستتبع الشيء غايته، فكون البيع صحيحاً ترتب أثره عليه، وبالتالي إباحة الانتفاع بالمبيع، وأما البيع الباطل فيؤدي إلى حرمة الانتفاع به، فالباطل هو ما خالف قصد الشارع[٣].

ولم يفرق جمهور الفقهاء –المالكية والشافعية والحنابلة– بين الباطل والفاسد من حيث التسمية[٤].

وفرّق الحنفية[٥] بين الفاسد والباطل في المعاملات خلافاً للجمهور، فالباطل ما لم يُشرع بأصله ولا بوصفه.

---

(1) أمير بادشاه، محمد أمين، تيسير التحرير، بيروت: دار الكتب العلمية، ج٢ ص٢٣٦

(2) الزركشي، بدر الدين، (١٩٨٨). البحر المحيط في أصول الفقه، (ط١). الكويت: وزارة الأوقاف، الطبعة الأولى ١٩٨٨م، ج١ص: ٣٢٠.
ابن النجار، محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن علي الفتوحي الحنبلي (١٩٩٣)، شرح الكوكب المنير، الرياض، مكتبة العسكان الرياض، م١، ص٤٦٧.

(3) الشاطبي، الموافقات (٢، ٢٢٧).

(4) ويفرّق الحنابلة والشافعية بين الباطل والفاسد في مسائل بسبب الدليل في النكاح وغيره. الزركشي، البحر المحيط (١، ٣٢٠)، ابن قدامة، روضة الناظر (١، ٢٥٢)، الأسنوي، نهاية السول (١، ٩٦).

(5) وجه التفرقة بين الفاسد والباطل عند الحنفية، أن الباطل لا يترتب عليه أي أثر شرعي، بخلاف الفاسد، فإنه يترتب عليه بعض الآثار الشرعية، كما في البيع الفاسد إذا تأيّد بالقبض فإنه يفيدُ الملك.
وكذلك يتَضّح الفرق كما بيّنه البخاري:–
الفاسد ما كان مشروعاً في نفسه، فائت المعنى من وجه الملازمة ما ليس بمشروع إياه بحكم الحال مع تصور الانفصال في الجملة.
والباطل ما كان فائت المعنى من كل وجه مع وجود الصورة إما لانعدام معنى التصرف كبيع الميتة والدم، أو لانعدام أهلية للتصرف، كبيع المجنون.
فمنشأ البطلان خلل جوهري في أصل التصرف، في أركانه وما يتعلق بها من شروط الانعقاد، وأما منشأ الفساد فهو خلل في الوصف اللازم، وهو أمر خارج عن ذات التصرف ولكنه متصل به.
فالبيع الفاسد عند الحنفية لا يترتب عليه أي أثر قبل القبض، ويجب فسخه، أما إذا تم القبض فتترتب بعض آثاره، وقد عُلّل ذلك:– =

وأما الفاسد، هو ما كان مشروعاً بأصله دون وصفه[١].

فالبيع بالخمر منهي عنه بوصفه، وهو الثمن؛ لأن الخمر مال غير متقوم، فصلح ثمناً من وجه دون وجه، فصار فاسداً لا باطلاً[٢] عند الحنفية فالخمر مال عندهم؛ لأن غير المسلمين يعدّونه مالا ولكنه غير متقوم بالنسبة للمسلمين[٣].

المطلب الثاني

حكم الاختلاف في صحة العقد وفساده

إذا اختلف متعاقدان، بأن ادّعى أحدهما فساد العقد، وادّعى الآخر صحته، فقد اتفق جمهور الفقهاء[٤] على أن الأصل تصديق مدّعي الصحة بيمينه؛ لأن الظاهر في العقود الجارية بين المسلمين الصحة وهي الأصل في تصرفاتهم[٥].

= أن العقد الفاسد لم يترتب عليه بذاته أثر شرعي، وإنما ترتبت آثار الملك والانتفاع ونحوهما، بناء على تنفيذ العقد، فكان التنفيذ محل رعاية الشارع نظراً إلى الشبهة القائمة بسبب العقد الفاسد.

أما جمهور الفقهاء فالباطل والفاسد كلاهما بمعنى واحد، لوجود التلازم بين الأصل والوصف، واللازم له، فالتصرف وحدة كاملة لا يتجزأ، وأي خلل في الوصف تسرب إلى الأصل، على أن هناك بعضاً من المسائل فُرِّق فيها بين الفاسد والباطل.

أنظر:-

السرخسي، أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل (١٩٩٧)، أصول السرخسي، (ط١)، بيروت: دار المعرفة، ج١ ص١٥٠، البخاري، كشف الأسرار (١،٢٥٨).

الدريني، فتحي الدريني (١٩٩٤)، بحوث مقارنة، (ط١). بيروت: مؤسسة الرسالة، ج١ ص٢٨٥،

زيدان، عبدالكريم، (١٩٨٥)، الوجيز في أصول الفقه، بيروت: مؤسسة الرسالة، ص٦٧.

الزركشي، البحر المحيط (١، ٢٥٩).

(1) أمير بادشاه، تيسير التحرير (٢، ٢٣٦).

(2) السغناقي، حسام الدين حسين بن علي بن حجاج (٢٠٠١)، الكافي شرح البزودي، (ط١). الرياض: مكتبة الرشيد ج٢ ص٦٢٠ – ٦٢١.

(3) ابن عابدين، رد المحتار (٤، ٥٨).

(4) حاشية ابن عابدين (٧، ٢٥٩)، ابن جزئ، القوانين الفقهية، ص٢٧٢، الشرقاوي، عبدالله بن حجازي بن إبراهيم، حاشية الشرقاوي، دار المعرفة، بيروت: ج٢ ص٦٧، البهوتي، شرح منتهى الإرادات (٢، ٥٦).

(5) القرافي، الذخيرة (٥، ٣٢١).

حيث لما اتفقا على العقد، كان الظاهر في إقدامهما عليه صحته، ولأن مدّعي الفساديدّعي حق الفسخ، وخصمه ينكر، والقول للمنكر[١].

والمالكية اشترطوا في ذلك أن لا يغلب الفساد[٢]، فإن غلب فكان القول قول من يــدّعي الفساد.

وهناك قول عند الشافعية: يصدّق مدّعي الفساد؛ لأن الأصل عدم العقد الصحيح[٣] إلا أن الأصح[٤] عندهم قول من يدّعي الصحة كما يعلل الشربيني[٥]؛ لاعتضاده بتشوّف الشارع إلــى إنبرام العقد.

وفي رواية للحنابلة[٦]لا يؤخذ بهذه القاعدة مطلقاً، أنه ينظر إلى سبب الفساد والمدعي.

ففي المضاربة مثلاً إذا إدّعى المضارب أن المضاربة فاسدة؛ لأن رب المال لم يســلمه المال، وإدّعى رب المال الصحة وأنه سلمه المال، صدّق مدّعي الفساد هنا، وهو المضارب؛ لأن الأصل عدم التسليم.

أما لو إدّعى أحدهما أنه كان محجوراً عند العقد، وأن العقد فاسد، صدّق مــدّعي عــدم الحجر أي مدّعي الصحة.

وهذا الرأي فيه جانب من الصواب لقدرته على دراسة أسباب الفساد مع مراعاة القواعد الفقهية الأخرى.

أما إذا اختلف المتعاقدان في الصحة والبطلان عند الحنفية، فالقول لمدّعي البطلان، كما في عقد البيع، لأن انعقاد البيع حادث، والأصل عدمه، فهو منكر لأصل العقد[٧].

---

(1) ابن عابدين، رد المحتار (٧، ٢٥٩).

(2) محمد الأمير، الإكليل شرح مختصر خليل، مصر: مكتبة القاهرة، ص٢٨٧.

(3) الخطيب الشربيني، مغني المحتاج (٢، ٩٨).

(4) السيوطي، الأشباه والنظائر ص٦٧.

(5) الخطيب الشربيني، مغني المحتاج (٢، ٩٨).

(6) ابن رجب، أبو الفرج عبد الرحمن الحنبلي، (١٩٣٣). القواعد، (ط١). مصر: مطبعة الصدق الخيرية، ص٣٤١.

(7) حاشية ابن عابدين، رد المحتار (٧، ٢٥٩)، ابن نجيم، الأشباه والنظائر ص٢٣٦.

الفصل الثالث

الاختلاف في اللفظ

المبحث الأول

اللفظ وأثره على العقد

تمهيد:

يعد الرضا أساس التعاقد، لقوله تعالى: (يا أيها الذين آمنوا لا تـأكلوا أمـوالكم بيـنكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم)[١].

إلا أن الرضا أمر نفسي لا يمكن الاطلاع عليه، وبالتالي لا يصلح لبناء أحكـام عليـه، فأقيم مقامه ما يدل عليه مما يصلح أن يكون معرفاً كالتعبير بالقول، رفعاً للحـرج كمـا ذكـر القراني[٢].

وعند الفقهـاء تعد الصيغة هي المظهر الخارجي الذي يدل على الرضا وبذلك فالصيغة (ما يدل على الرضا عرفا ولو بإعطاء)[٣].

وأما عند أهل القانون يعبّر عن المظهر الخارجي الذي يدل على الرضا بـالتعبير عـن الإرادة[٤].

والإرادة تقسم إلى قسمين[٥]:

١- الإرادة الحقيقية: وهي الإرادة الباطنة التي لا يطلع عليها.

٢- الإرادة الظاهرة: وهي التي تبرز بالتعبير أو ما يقوم مقامه كالتعاطي ونحوه.

فالإرادة الحقيقية الخفية في النفس الإنسانية لا بد من إظهارها بأي طريقة مـن طـرق الإظهار كاللفظ أو الكتابة أو الإشارة أو نحو ذلك، وإن كان اللفظ يعتبر أول أداة يعوّل عليها في

---

(1) سورة النساء: ٢٩.

(2) القرافي، الفروق (٢، ١٧٧).

(3) حاشية الدسوقي (٣، ٥).

(4) الدريني، السيد نشأت، (١٩٨٢). التراضي في عقود البادلات المالية. (ط١). جدة: دار الشروق للنشر، ص١٠٤.

(5) الزرقا، المدخل الفقهي (١، ٣٥١).

صيغة العقد[١]، وهو ما عبّر عنه د. الدريني[٢] بقوله: (اللفظ هو الطريق الطبيعي للتعبير، لقدمه وعمومه ووضوحه، ولهذا كان الأصل في التعبير عند كثير منهم).

ورضا كل من المتعاقدين يظهر على شكل إيجاب من أحدهما وقبول من الآخر ولا يشترط أن يكون بالقول، بل قد يظهر بتطبيق عملي كما في عرض التاجر لبضائعه على الناس مع بيان أثمانها وهو ما يعتبر إيجاباً صريحاً من التاجر بأن يبيع هذه البضائع بالثمن الذي بيّنه، وغير ذلك من الطرق التي تظهر منها الإرادة لتعبّر عن رضاها بالتعاقد[٣].

كما أنه يشترط توفق الإيجاب والقبول بحيث يتواردان على محلٍ واحد، وإلا فلا عقد بينهما، كما لو قال أحدهما بعتك داري، فيقول الآخر قبلت شراء سيارتك.

أما لو كانت مخالفة القبول للإيجاب إلى ما فيه مصلحة للموجب، فإن العقد ينعقد مع هذه المخالفة؛ لأنها مخالفة في الظاهر وتوافق في الحقيقة والواقع[٤].

كأن يقول البائع: بعتك سيارتي بخمسة آلاف دينار، فيقول المشتري: ــ اشتريتها بخمسة آلاف ونصف الألف.

فإن البيع ينعقد بينهما بخمسة آلاف دينار، وأما نصف الألف التي زادها المشتري فلو قبلها البائع في المجلس لزمت المشتري.

وأما لو قال المشتري: اشتريت سيارتك بخمسة آلاف دينار ونصف الألف، فقال البائع: بعتك بخمسة آلاف دينار فقط، انعقد البيع بما قاله البائع، حيث أن البائع قد أبرأ المشتري من نصف الألف، والإبراء إسقاط يتم بالإيجاب وحده، فلا يتوقف على القبول[٥].

(1) السنهوري، عبد الرزاق، مصادر الحق، بيروت، منشورات محمد الداية، ج١، ص٨٤.

(2) الدريني، التراضي في عقود المبادلات المالية، ص٤٧٨.

(3) السنهوري، عبد الرزاق، (١٩٣٤)، نظرية العقد، (ط١)، القاهرة،:دار الكتب المصرية، ج١، ص١٥٥.

(4) أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد. ص٢٠٣.

(5) أحمد إبراهيم بك، (١٩٤٤). مذكرة مبتدأة في بيان الالتزامات. مصر: مكتبة عبدالله وهبة، ص٦٥.

المطلب الأول

اللفظ:

اللفظ هو ما يتلفظ به الإنسان، أو في حكمه، مهملاً كان أو مستعملاً[١]، وهو إحدى الطرق التي يعبّر بها عن إرادة المتعاقدين لإنشاء التعاقد وقبوله.

واللفظ يقسم إلى قسمين:

١- صريح ٢ - كناية

١- أما الصريح: فهو اسم لكلام مكشوف المراد منه، بسبب كثرة الاستعمال حقيقة كان أو مجازاً[٢]، بمعنى أنه اللفظ الموضوع لمعنى لا يفهم منه غيره عند الإطلاق[٣].

وحكمه ثبوت موجبه من غير حاجة إلى النية، حيث أن الصريح يعمل بنفسه[٤]، لأن غلبة استعماله حصرته في معنى واحد، بحيث يتبادر إلى ذهن السامع الذي شاع قصده من اللفظ دون الحاجة إلى نية أو قرائن[٥].

٢- وأما الكناية: فهي اسم لكلام استتر المراد منه بالاستعمال، وإن كان معناه ظاهراً في اللغة، سواء كان المراد به الحقيقة أو المجاز، فيكون ترددا فيما أُريد به، فلا بد من النية أو ما يقوم مقامها من دلالة الحال، ليزول التردد ويتعين ما أُريد به[٦].

فالكناية متعددة وغير محصورة بمعنى واحد، وعلى صاحب التعبير نفسه أن يحدد ما قصده، لأن صيغة التعدد فيه تؤدي إلى عدم استقرار التعامل به، فلا بد من تحديده[٧].

على أن مثبت الصريح من غيره هو العرف[٨]، فالصريح قد يصير كناية يفتقر إلى النية، وكذلك الكناية قد يصير صريحاً مستغنياً عن النية بحسب العرف وغلبة الاستعمال، فقد

---

(1) الجرجاني، التعريفات ص١٥١.

(2) المرجع السابق، (١٩٩١).ص٢٢، الأشباه والنظائر. (ط١). بيروت: دار الكتب العلمية. ج١ ص٨١.

(3) السبكي، تاج الدين عبد الوهاب ابن عبد الكالفي.

(4) الزركشي، المنثور في القواعد (٣، ١١٨).

(5) سوار، وحيد الدين، (١٩٧٩)، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي. (ط٢). الجزائر: الشركة الوطنية للنشر ص٣١٠.

(6) الجرجاني، التعريفات ص٢١٣.

(7) سوار، التعبير عن الإرادة، ص٣١٢.

(8) ابن الهمام، شرح فتح القدير، (٤، ٥٦).

يغلب على ألسنة الناس استعمال صيغة من الصيغ في معنى واحد، فتصير صريحاً لا يفتقر إلى نية وقرينة، وقد يحتمل اللفظ معاني عدّةٍ ولا يغلب استعماله في أحدها فيستتر المراد منه فيكون كناية، ولا يترتب عليه أثره إلاّ مع نية أو قرينة[1].

المطلب الثاني

الاختلاف في اللفظ

قد ينشأ الاختلاف بين المتعاقدين نتيجة اللفظ الذي استخدم في صيغة العقد، وذلك في عدة صور منها:

١- أن يكون اللفظ قد جرى على لسان أحد المتعاقدين خطأ بدون قصد منه، وكان يريد أن ينطق بغيره.

٢- أو يكون قد قصد معنى آخر غير ما تبادر إلى ذهن المتعاقد الثاني.

وتفصيل ذلك كما يلي:

الصورة الأولى:

كما لو قال شخص لآخر بعت لك داري بكذا، فقال الآخر قبلت، فقال الأول أنا أخطأت لأني أردت أن أقول أجرت لك داري إلا أن لساني سبق بكلمة بعت لك.

أو يريد أن يقول سبحان الله، فجرى على لسانه بعت هذا منك بألف، وقبل الآخر. فقد اختلف الفقهاء في انعقاده على قولين:

١- ذهب المالكية[2] والشافعية[3] والحنابلة[4] إلى أنه لا يتعقد.

٢- وذهب الحنفية[5] إلى أنه ينعقد فاسداً.

(1) سوار، التعبير عن الإرادة، ص٣١٢.

(2) القرافي، الفروق (١، ١٦٢ وما بعدها).

(3) الشربيني، مغني المحتاج (٢، ٧).

(4) ابن قدامة، الشرح الكبير (٤، ٧).

(5) أمير بادشاه، محمد أمين محمود البخاري، (١٩٨٣)، تيسير التحرير. بيروت: دار الكتب العلمية ج٢ ص٣٠٧.

تفصيل المذهب الأول:

فقد ورد عن القرافي[1] بقوله: (...فمن باع وهو لا يعلم أن هذا اللفظ أو هذا التصرف يوجب انتقال الملك لكونه أعجمياً أو طارئاً على بلاد الإسلام لا يلزمه بيع...).

فقاعدة أسباب انتقال الأملاك كالبيع والهبة وغيرهما يشترط فيها العلم والقدرة[2].

وورد عن الشربيني[3]: (...ولا بدّ أن يقصد بلفظ البيع معنى البيع كما في نظيره الطلاق، فلو لم يقصده أصلا كمن سبق لسانه إليه أو قصده لا لمعناه كمن لقن أعجمياً ما لا يعرف مدلوله لم ينعقد).

وورد عن ابن قدامه[4] عند ذكره شروط البيع (...التراضي به وهو أن يأتيا به اختياراً) وكأنه قصد بأن من جرى على لسانه لفظ البيع لم يأت به من اختياره وإنما بدون قصد، فيتبين أن الدليل الذي اعتمده الفقهاء في منع انعقاد بيع المخطئ هو فقدان شرط التراضي فيبطل البيع عندهم.

أما المذهب الحنفي:

فقد ورد عن أمير بادشاه[5] أنه ينعقد بيع المخطئ إلا أنه يكون بيعاً فاسداً، فينعقد لوجود أصل الاختيار، ويفسد لفوات الرضا فيملك البدل بالقبض.

تحرير محل النزاع:

أن الرضى والاختيار هما بمعنى واحد عند جمهور الفقهاء -باستثناء الحنفية- بينما فرّق علماء الحنفية[6] بين الرضا والاختيار؛ فالرضا عندهم هو امتلاء الاختيار وبلوغه نهايته بحيث يفضي أثره إلى الظاهر من ظهور البشاشة في الوجه ونحوها[7].

---

(1) القرافي، الفروق ج١ ص١٦٢ وما بعدها.

(2) المصدر نفسه ج١ ص١٦٢.

(3) الشربيني الخطيب، مغني المحتاج (٢، ٧).

(4) ابن قدامة، الشرح الكبير (٤، ٧).

(5) أمير بادشاه، تيسير التحرير. (٢، ٣٠٧).

(6) البخاري، علاء الدين عبد العزيز بن أحمد، (١٩٨٣). كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام النبزوري. (ط١). بيروت: دار الكتب العلمية، ج٤ ص٥٣٧.

(7) البخاري، كشف الأسرار (٤، ٥٣٦).

وأما حقيقة الاختيار عندهم هو القصد إلى مقدور متردد بين الوجود والعدم بترجيح أحد جانبيه على الآخر(١).

وعند علماء الحنفية يعتبر الاختيار شرط انعقاد في المعاملات المالية كالبيع، فإن فُقدِ كان العقد باطلاً، وأما الرضا فهو شرط صحة، فإن فُقدِ كان العقد فاسداً.

أما جمهور الفقهاء -باستثناء الحنفية- فيشترط الرضا وإلا كان العقد باطلاً(٢)، لذلك ظهر الخلاف بين جمهور الفقهاء وعلماء الحنفية في بيع المخطئ.

الرأي الراجح:

ما ذهب إليه جمهور الفقهاء -المالكية والشافعية والحنابلة- حيث أن المعاملات الأصل فيها الاستقرار، وادّعاء الخطأ يفتقر إلى إثبات وبينة، فإن وجدت قرائن تثبت وتدل على أن هناك خطأ يمكن تصديق مدّعيه، وأما إن افتقر الادّعاء إلى براهين وأدلة فلا يمكن الحكم إلا بانعقادها، على أن دراسة العقد من قبل القاضي تمكنّه من الحكم بوجود خطأ أم لا.

الصورة الثانية:

٢- أن يكون قد قصد معنى آخر غير ما تبادر إلى ذهن المتعاقد الثاني.

وذلك إما أن:

أ- يكون اللفظ مما لا يحتمل المعنى الآخر.

وهنا لا يعتد بما يذكره المتلفظ من قصده، لا في الظاهر ولا في الباطن، فالعبرة بما صرّح به من لفظه(٣).

ب- أن يكون اللفظ محتملاً للمعنى الآخر.

كأن يقول الرجل أعطني هذا الثوب مثلاً، فقال: أعطيتك، ثم يدّعي الأول أنه قصد إعطاءه إياه وديعة، وأما الآخر فيدّعي أنه قصد أخذه هبة، فالقول لمن؟ فَهُنا وإن كان الإعطاء يحتمل الهبة، لكن الوديعة أدنى وهو متيقن فصار كناية(٤).

---

(1) التفتازاني، سعد الدين مسعود بن عمر، شرح التلويح على التوضيح. بيروت: دار الكتب العلمية، ج٢ ص١٩٦.

(2) الصاوي، بلغة السالك (٣، ٥)، النووي، روضة الطالبين (٣، ٥٤٢)، البهوتي، كشاف القناع (٣، ٣٩).

(3) يعقوب بن عبد الوهاب البا حسين، (١٩٩٩). قاعدة الأمور بمقاصدها. الرياض: مكتبة الرشد. ص١٤٠.

(4) حاشية ابن عابدين، رد المحتار (٨، ٤٥٤).

وفي ذلك يقول الشيخ الزرقا[١]: (متى احتمل اللفظ المستعمل في الإيجاب أحد عقدين، أحدهما أقوى وأكثر إلزاماً لأحد العاقدين، والآخر أدنى، فإنه يحمل على الأدنى جرياً على اليقين، إذ لا يسوغ إلزام أحد بالتزامات عقدية لم يتحقق قصده إلى العقد الموجب لها).

أما أن الشيخ الزرقا ذكر متى احتمل اللفظ المستعمل في الإيجاب، فذلك لأن الإيجاب هو الذي يؤسس العقد ويُنشئه.

وكذلك في عقد الحوالة:

إن كان لرجل على آخر دين، فأذن لآخر في قبضه، ثم اختلف هو والمأذون له، فقال:- وكلتك في قبض ديني بلفظ التوكيل، فقال: بل أحلتني بلفظ الحوالة.

فالقول قول مدّعي المحيل مع يمينه[٢]، لأنه يدّعي بقاء الحق على ما كان، وينكر انتقاله، والأصل في القاعدة (البينة على المدّعي واليمين على من أنكر) فإن كان لأحدهما بينة حكم بها، لأن اختلافهما في اللفظ وهو مما يمكن إقامة البينة عليه[٣].

وأما لو أحال رجل رجلاً بألف على آخر، بلفظ الحوالة ولم يصرح له المحيل بأنها من حقك، ولا بأنك نائب في قبضها عني، وليست من حقك بل أطلق لفظ الحوالة ثم اختلفا بعد القبض، فقال المحيل: أردت الوكالة بلفظ الحوالة لتكون نائباً في قبضها عني فهي لي في يدك، وليست من حقك، وقال المحتال بل هي حوالة من حقي ولست نائباً فيها عنك ولا وكيلاً لك.

فقد اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

١- ذهب الحنفية[٤] وهو الأصح عند الشافعية[٥] ووجه عند الحنابلة[٦]: إلى أن القول للمحيل لأنه يدّعي الوكالة.

---

(1) الزرقا، المدخل الفقهي (١، ٣٢٠).

(2) البابرتي، العناية، ج٧ ص٢٤٧، حاشية الصاوي، ج٣ ص٤٢١، حاشية الجمبل، ج٣ ص٣٧٧، ابن قدامة، المغني ج٥ ص٦٤.

(3) الشيرازي، المهذب (١، ٤٤٦)، ابن قدامة، المغني (٥، ٦٣).

(4) ابن عابدين، رد المحتار (٨، ١٣)، دامادافندي، مجمع الأنهر، ج٢، ص١٤٩.

(5) الشيرازي، المهذب (١، ٤٤٦).

(6) ابن قدامة، المغني (٥، ٦٣).

٢- وعند المالكية[١] وهو قول آخر للشافعية[٢] ووجه ثان عند الحنابلة[٣]: أن القول لمدّعي الحوالة.

ما استدل به أصحاب القول الأول:

١- القول للمحيل؛ لأنه يدّعي بقاء الحق في الذمة، والمحتال يدّعي انتقال الحق من الذمة، والأصل بقاء الحق في الذمة[٤].

٢- ولأن المحتال يدّعي عليه الدين وهو ينكر، فالقول للمنكر، ولا يكون الإقرار من المحيل وإقدامه عليها إقراراً منه بأن عليه ديناً للمحتال، لأن لفظ الحوالة يستعمل بمعنى الوكالة[٥]، كما أن فراغ الذمة هو الأصل فكان القول قوله[٦].

وأما ما استدل به أصحاب القول الثاني:

أن القول قول المحتال لأن اللفظ يشهد له[٧]، فإن اللفظ حقيقة في الحوالة دون الوكالة، فيجب حمل اللفظ على ظاهره، كما لو اختلفا في دار في يد أحدهما[٨].

وعند المالكية[٩] يكون القول المُحتال بيمينه تغليباً لجانب الحوالة بشرط أن يكون القابض يشبه لأن يداين المحيل، وإلا فالقول لرب المال بيمينه أنه وكّله.

وإما إن كان المحتال دائناً للمحيل؛ بأن أحال رجل رجلاً له عليه دين على رجل له عليه دين، واتفقا على لفظ الحوالة ثم اختلفا، فقال المحيل: وكلتك، وقال المحتال: بل أحلتني، ولا بينة لأحدهما.

---

(1) حاشية الخرشي، ج٦ ص١٨.

(2) الشيرازي، المهذب (١، ٤٤٦).

(3) ابن قدامة، المغني (٥، ٦٦).

(4) الشيرازي، المهذب (١، ٤٤٦).

(5) الزيلعي، تبين الحقائق (٥، ٧٦).

(6) ابن الهمام، فتح القدير، ج٧ ص٢٤٦.

(7) الشيرازي المهذب (١، ٤٤٦).

(8) ابن قدامة، المغني (٥، ٦٦).

(9) حاشية الخرشي، ج٦ ص١٨، حاشية الدسوقي، ج٣ ص٣٢٨.

فعند الشافعية وجهان[١]:

١- القول قول المحتال؛ لأن اللفظ يشهد له.

٢- القول قول المحيل؛ لأنه يدّعي بقاء الحق في الذمة، والمحتال يدّعي انتقال الحق من الذمة، والأصل بقاء الحق في الذمة.

ويمكن استخلاص رأي الحنفية والمالكية من حكم المسألة السابقة.

فالتعليل كان عند الحنفية[٢] أن إقرار المحيل بالحوالة وإقدامه عليها لا يكون إقراراً بالدين؛ لأن الحوالة يستعمل في الوكالة، وأما هنا فقد ثبت أن للمحتال دين على المحيل، فيحمل اللفظ على حقيقته لوجود دين، فالقول قول المحتال بيمينه.

وكذلك المالكية[٣] فالقول قول المحتال بيمينه لوجود الدين وهو الارجح لما في ذلك من حمل اللفظ على حقيقته مع وجود ما يؤكد ذلك وهو الدين.

الرأي الراجح:

ما ذهب إليه أصحاب القول الأول، لأن المحتال يدّعي عليه ديناً، وثبوت الدين على الإنسان لا يمكن بمثل هذه الدلالة، بل لا بد من القطع بها من جهة اللفظ أو دلالته مثل عليّ أو في ذمتي؛ لأن فراغ الذمة لا يثبت إلا بيقين[٤].

الأثر المترتب على ذلك[٥]:

أن حلف المحيل ثبتت الوكالة، فإن لم يقبض المال انعزل عن الوكالة بإنكاره، فإن كان قد قبض المال أخذه المحيل.

وبحسب القول الثاني إن حلف المحتال ثبتت الحوالة، وبرئ المحيل، وثبتت له مطالبة المحال عليه.

وإن هلك المال في يده بعد قبضة[٦]:

(1) الشيرازي، المهذب، ج١ ص٤٤٦.

(2) دامادافندي، مجمع الأنهر، ج٢، ص١٤٩.

(3) حاشية الدسوقي، ج٣، ص٣٢٨.

(4) ابن الهمام، شرح فتح القدير ج٧، ص٢٣٠ وما بعدها.

(5) الشيرازي، المهذب (١، ٤٤٦).

(6) المصدر نفسه ج١، ص٤٤٦.

إن كان المحتال قد قبض الحق من المحال عليه، وتلف في يده، فقد برئ كل واحد منهما من صاحبه، ولا ضمان عليه سواء تلف بتفريطه أو غيره.

لأنه إن تلف بتفريط وكان المحتال محقاً فقد أتلف ماله، وإن كان مبطلاً ثبت لكل واحد منهما في ذمة الآخر مثل ما في ذمته له فيتقاصان عند الحنابلة(١).

وإن تلف بغير تفريط فالمحال قد قبض حقه وتلف في يده، وبرئ منه المحيل بالحوالة، والمحال عليه بتسلمه، والمحيل يقول قد تلف المال في يد وكيلي بغير تفريط فلا ضمان عليه.

أما إن اتفقا على أن المحيل قال: أحلتك بدينك، ثم اختلفا فقال أحدهما هي حوالة بلفظها، وقال الآخر بل هي وكالة بلفظ الحوالة، فالقول قول مدّعي الحوالة.

لأن الحوالة بدينه لا تحتمل الوكالة، فلم يقبل قول مدّعيها، وسواء اعترف المحيل بدين المحتال أو قال: لا دين لك عليّ؛ لأن قوله أحلتك بدينك اعتراف بدينه فلا يقبل حجده لـــه بعـــد ذلك(٢).

(1) ابن قدامة، المغني (٥، ٦٣).

(2) المصدر نفسه ج٥، ص٦٦.

المبحث الثاني

العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني

ومعنى هذه القاعدة كما ذكر في درر الحكام: أنه لا ينظر للألفاظ التي يستعملها العاقدان حين العقد، وإنما ينظر إلى مقاصدهم الحقيقية من الكلام الذي يلفظ به عند العقد، لأن المقصود الحقيقي هو المعنى وليس اللفظ، ولا الصيغة المستعملة، فالألفاظ ما هي إلا قوالب للمعاني، إلا أنه إذا لم يتعذر التأليف بين الألفاظ والمعاني المقصوده لا يجوز إلغاء الألفاظ(١).

كما لو قال شخص لآخر وهبتك هذا الكتاب بدينارين، فيكون هذا العقد عقد بيع عند الحنفية والأصح عند الشافعية(٢).

حتى لو كان المبيع عقاراً تجري فيه أحكام الشفعة وغيرها من أحكام البيع(٣).

وأما الدوافع والمقاصد والغايات كأن يريد بالبيع التحايل على الربا كما في بيع العينة فذلك ما لا تتعرض له القاعدة(٤).

وأما الزركشي(٥) فقد أرجع هذه القاعدة إلى أربعة:

١- ما يعتبر فيه اللفظ قطعاً كلفظ النكاح والتزويج.

٢- ما يعتبر فيه اللفظ في الأصح كقوله بعتك بلا ثمن فالأصح أنه ليس بيعاً.

٣- ما يعتبر فيه المعنى قطعاً.

٤- ما يعتبر فيه المعنى في الأصح كالهبة بشرط الثواب فالأصح أنه يعد بيعاً.

ثم ذكر الزركشي الضابط لهذه القاعدة بأنه إذا تساقط اللفظ حكم بالفساد على المشهور كبعتك بلا ثمن، وأما إذا لم يتساقط فإما أن تكون الصيغة أشهر في مدلولها أو المعنى، فإن كانت

---

(1) حيدر، درر الحكام، (١، ١٨) وما تليها.

(2) الزركشي، المنثور (٢، ٣٧٣).

(3) حيدر، درر الحكام (١، ١٩).

(4) أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد ص٢٥، مع أن ابن القيم تطرق في شرحه لقاعدة، العبرة في العقود بالمقاصد والنيات، إلى نكاح التحليل وبيع العينة، من حيث أن المتكلم عليه أن يقصد الألفاظ المستخدمة في العقد معاينها، والمستمع عليه أن يجعلها على تلك المعاني، فإن لم يقصد المتكلم بها معانيها أبطل الشارع عليه قصده، ابن القيم، اعلام الموقعين (٣، ١٢٠).

(5) الزركشي، المنثور ج٢ ص٣٧٢ وما بعدها.

الصيغة أشهر فالأرجح اعتبارها، وإن لم يشتهر بل كان المعنى هو المقصود كوهبتك بكذا فالأصح انعقاده بيعاً، وإن استوى الأمران فوجهان، والأصح اعتبار الصيغة لأنها الأصل والمعنى تابع لها.

فعند الشافعية(١) تعتبر قاعدة الاعتبار في العقود بظواهرها أم بمعانيها يتجلى فيها أمران:

أحدهما: أن الاعتبار بظواهرها، حيث أن هذه الصيغ موضوعة لإفادة المعاني، بحيث يفهمها السامع عند إطلاقها، فلا تترك ظواهرها، لأن اعتبار المعنى يؤدي إلى ترك اللفظ، فألفاظ اللغة لا يعدل بها عما وضعت له وهكذا ألفاظ العقود، ولأن العقود تفسد باقتران شرط ففسادها بتغيير مقتضاها أولى.

والأمر الثاني: أن الاعتبار بمعناها؛ لأن الأصل في الأمر الوجوب، وإذا تعذر حمله عليه حُمِل على الاستحباب، فكذا هنا: إذا تعذر حمل اللفظ على مقتضاه حمل على معناه؛ لأن لفظ العقد إذا أمكن حمله على وجه صحيح لا يجوز تعطيله، فتارة يرجحون اعتبار اللفظ، وتارة المعنى.

وقد ترتب على هذه القاعدة خلاف لدى الفقهاء في صيغ الكنايات في العقود:

فاختلف الفقهاء في انعقاد العقود بالكنايات وبالرجوع إلى استخدام الصيغ في العقود نجد أن المذهب الحنفي والمالكي اعتبروا انعقاد العقود ببعض الكنايات.

بخلاف المذهب الشافعي والحنبلي في بعض الروايات.

ومن ذلك عقد النكاح:

١- فذهب الحنفية(٢) والمالكية(٣) إلى صحة انعقاد النكاح بلفظ الهبة مثلاً إذا قرنت بالمهر، كأن تقول المرأة للرجل مثلاً: وهبتك نفسي على مهر قدره كذا، فيقبل الرجل.

وذلك لأن ذكر المهر قرينة تجعل لفظ الهبة جلي الدلالة على قصد النكاح، إذ أن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني(٤).

---

(1) تقي الدين الحِصني، أبو بكر بن محمد بن عبد المؤمن، (١٩٩٧). كتاب القواعد، (ط١). الرياض: مكتبة الرشد، ج١ ص٤١٨ وما بعدها.

(2) ابن عابدين، رد المحتار (٤، ٦٩).

(3) حاشية الخرشي (٤، ١٣٧).

(4) الزرقا، المدخل الفقهي (١، ٣٢٠).

فالألفاظ التي ينعقد بها النكاح عند الحنفية[1] نوعان صريح وكناية.

فالصريح لفظ النكاح والتزويج عرفاً وشرعاً، وكناية ثلاثة أنواع:

التمليك والهبة والصدقة وغيرها، وهذه الألفاظ ينعقد بها النكاح.

أما الإحلال والإباحة والتمتع والشركة والإعارة والخلع والإقالة والإجازة بالرأي والرضى والكتابة والولاء والإيداع، فلا ينعقد النكاح بهذه الألفاظ.

ما اختلفوا فيه كلفظي البيع والشراء.

حتى أن الحنفية من ذكر بأن النكاح ينعقد بكل لفظ شرع لتمليك العين بغير نية إذا ذكر معه المهر كالبيع والهبة والصدقة، وإن لم يذكر المهر ينعقد بالنية[2].

وأما المالكية[3] فينعقد بكل لفظ يقتضي التأبيد بدون التوقيت، فلا يشترط دلالة الصيغة على التأبيد بل أن لا يدل على التوقيت، فينعقد بملكت وبعت ووهبت إن ذكر مهراً.

وقد استدلوا على ذلك[4]:

١- بقوله صلى الله عليه وسلم (ملكناكها بما معك من القرآن)[5].

فالنبي صلى الله عليه وسلم استخدم لفظ التمليك في عقد النكاح.

٢- وذهب الشافعية[6] والحنابلة[7] إلى أنه لا ينعقد النكاح إلا بلفظي التزويج أو الإنكاح أو ما اشتق منهما.

واستدلوا على ذلك بما يلي:

١- ما ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم قوله: (اتقوا الله في النساء فإنكم أخذتموهن بأمانة الله، واستحللتم فروجهن بكلمة الله).

---

(1) العيني، البناية ج٥ ص٩.

(2) العيني، البناية ج٥ ص٩.

(3) فقط في الهبة يشترط ذكر المهر، الحطاب، مواهب الجليل ج٣ ص٤٢٠.

(4) المرجع السابق.

(5) صحيح مسلم بشرح النووي (٩، ٢١٤).

(6) الشربيني، مغني المحتاج (٣، ١٤٠).

(7) ابن قدامة، المغني (٧، ٤٢٩).

وجه الدلالة:

كلمة الله هي التزويج والإنكاح، فإنه لم يذكر في القرآن الكريم سواهما،فوجب الوقوف معهما تعبداً واحتياطاً لأن النكاح ينزع إلى العبادات لورود الندب فيه، والأذكار في العبادات تتلقى من الشرع، والشرع إنما ورد بلفظ التزويج والإنكاح.

٢- قوله تعالى: (وامرأة مؤمنة إن وهبت نفسها للنبي إن أراد أن يستنكحها خالصة لك من دون المؤمنين)[١].

وجه الدلالة:

أنه ذكر ذلك خالصاً لرسول الله صلى الله عليه وسلم[٢]، ولأنه لفظ ينعقد به غير النكاح فلم ينعقد به النكاح كلفظ الإجارة والإباحة والإحلال.

٣- لأن الشهادة شرط في النكاح، والكناية إنما تعلم بالنية ولا يمكن الشهادة على النية لعدم إطلاعهم عليها فيجب أن لا ينعقد[٣].

وقد ردّ الشافعية والحنابلة على الحديث الذي استدل به الحنفية والمالكية بما يلي:

أن الخبر قد روي زوجتكها وأنكحتكها وزوجناكها من طرق صحيحة[٤]، والقصة واحدة، فإما أن يكون لفظ (ملكتكها) وَهْمٌ من الراوي[٥]، أو أن الراوي رواه بالمعنى ظناً منه ترادفهما، فلا تكون حجة، وإن كان النبي صلى الله عليه وسلم جمع بين الألفاظ فلا حجة لهم فيه لأن النكاح انعقد بأحدها والباقي فضله[٦].

وقد ردّ الحنفية على ما استدل به الشافعية والحنابلة:

أنه لا بد من فهم الشهود المراد، فإن حكم السامع بأن المتكلم أراد من اللفظ ما لم يوضع له لا بد له من قرينة على إرادته ذلك، فإن لم تكن، فلا بد من إعلام الشهود بمراده، فالظاهر أنه لا بد مع النية من إعلام الشهود[٧].

---

(1) سورة الأحزاب: ٥.

(2) ابن قدامة، المغني (٧، ٤٢٩).

(3) الشربيني، مغني المحتاج (٣، ١٤١)، ابن قدامة، المغني (٧، ٤٢٩).

(4) صحيح البخاري، ص٩٤٨.

(5) الشربيني، مغني المحتاج (٣، ١٤٠).

(6) ابن قدامة، المغني (٧، ٤٢٩).

(7) ابن عابدين، رد المحتار (٤، ٦٩).

الرأي الراجح:

أنه إن أتى بمعنى النكاح، ودلت القرائن على ذلك، فينعقد النكاح، لأن العبرة في العقود للمعاني دون الألفاظ، فالقرائن تظهر المراد من اللفظ وبالتالي يفهم الشهود المراد من ذلك أنه نكاح وتزويج.

فإن استخدام لفظ مع قرينة تدل عرفاً على الزواج لا إشكال فيه طالما أنه لم يحدث تعارض بحيث يُفهم منه عقدٌ آخر.

ومن أهم المسائل التي تطرقت إليها هذه القاعدة مسألة بيع الوفاء:

وبيع الوفاء هو: البيع بشرط أن البائع متى رد الثمن يرد المشتري المبيع إليه[١].

ووجه تسميته لأن فيه عهداً بالوفاء من المشتري بأن يرد المبيع على البائع حين رد الثمن.

وقد اختلف الفقهاء في حكم بيع الوفاء إلى قولين:

١- ذهب المالكية[٢] والحنابلة[٣] والمتقدمون من الحنفية[٤] والشافعية إلى أن بيع الوفاء فاسد.

٢- وذهب بعض المتأخرين من الحنفية[٥] والشافعية[٦] إلى أنه جائز.

مما استدل أصحاب القول الأول:

١- أن مقصودهما (البائع والمشتري) إنما هو الاحتيال للربا، وذلك بإعطاء المال إلى أجل بحيث تكون منفعة المبيع هي الربح[٧].

٢- أنه مخالف للنهي عن بيع وشرط[٨].

أما ما استدل به أصحاب القول الثاني:

---

(1) الموسوعة الفقهية (٧، ٢٦٠).

(2) الحطاب، مواهب الجليل (٤، ٣٧٣).

(3) أبو النجا، الإقناع في فقه الإمام أحمد (٢، ٥٨).

(4) الزيلعي، تبيين الحقائق (٦، ٢٣٧).

(5) ابن عابدين، رد المحتار (٧، ٤٢٥).

(6) باعلوى، عبد الرحمن بن محمد بن حسين بن عمر، بغية المسترشدين، دار المعرفة، بيروت: ص١٣٣.

(7) أبو النجا، الإقناع (٢، ٥٨).

(8) حاشية ابن عابدين (٥٧، ٤٢٥)، الشربيني، مغني المحتاج (٢، ٣١).

١- أنه جائز لحاجة الناس إليه ولتعاملهم فيه[١]، وأن القواعد قد تترك بالتعامل كما في عقد الاستصناع[٢].

تكييف بيع الوفاء: إن من قالوا بجواز عقد الوفاء اختلفوا في تكييفه:

ومرد الخلاف بين الفقهاء هل بيع الوفاء يعد بيعاً أو رهناً[٣]؟ على قولين:

١- إن بيع الوفاء يعد بيعاً.

فالعقد الذي جرى بينهما إن كان بلفظ البيع لا يكون رهناً[٤].

٢- ومنهم من اعتبره رهناً، لأنه لما شرط عليه استرداده عند سداد دينه أتى بمعنى الرهن، لأنه هو الذي يؤخذ عند قضاء الدين، والعبرة في العقود للمعاني دون الألفاظ.

وإن كان في البيع غلة، هل هي للمشتري أم للبائع؟[٥].

ويرجع الخلاف إلى ما ذكر سابقاً من تكييف عقد بيع الوفاء:

فمن رأى أنه بيع: قال: لا يرد الغلة.

حيث الغلة فيه للمشتري بالضمان، فجعله بيعاً وأنه ضامن والغلة له.

ومن رأى أنه رهن قال: يرد الغلة وإنه في ضمان البائع في كل بيع، ونقص يطرأ عليه من غير سبب المشتري، وما كان من سبب المشتري فهو ضامن له، وحكمه حكم الرهن. وقد رجح المالكية أن الغلة للمشتري[٦].

مستثنيات هذه القاعدة[٧]:

- لو باع شخص شيئاً لآخر مع نفي الثمن -أي بعتك هذه السلعة بدون ثمن- فيكون البيع باطلاً ولا يعتبر هبة.

---

(1) باعلوى، بغية المسترشدين ص١٣٣.

(2) الزيلعي، تبيين الحقائق (٦، ٢٣٧).

(3) الزيلعي، تبيين الحقائق، (٦، ٢٣٧)، الحطاب، مواهب الجليل (٤، ٣٧٣).

(4) الفتاوي الهندية (٣، ٢٠٩).

(5) الحطاب، مواهب الجليل (٤، ٣٧٣).

(6) المرجع السابق.

(7) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام (١، ١٩).

- كذلك لو آجر شخص آخر سيارة بدون أجرة، تصبح الإجـارة فاسـدة ولا تكـون عارية؛ لأن الإجارة تفيد بيع المنفعة بعوض، والعارية تفيد عدم العوض، وبما أن بـين معنى اللفظين تضاداً فلا يجوز استعارة لفظ الإجارة في العارية.

الفصل الرابع

الاختلاف في محل العقد

تمهيد:

شرع الله عز وجل المعاملات لما فيها من تحقيق المصالح التي ترفع الضيق والحرج عن الناس[١]، فالإنسان بحاجة إلى من يتبادل معه المنفعة سواء كان ذلك عن طريق البيع أو الشراء أو الإجارة وغير ذلك[٢].

وبالتعاقد يتم تبادل المصالح، فيحصل المتعاقد على ما أراد التعاقد من أجله، أي يحصل على المعقود عليه، وهو ما يُسمى بمحل العقد.

المقصود بمحل العقد:

مصطلح (محل العقد) مركب من كلمتين؛ محل وعقد.

أما كلمة محل فتعني في اللغة:

المحل: نقيض المرتحل.

والحِلّة: قوم نزول.

وأما المحلة فهو المكان الذي تنزلون فيه[٣].

بمعنى أن المرتحل يدل على التنقل، وأما المحل فيدل على الاستقرار.

أما في الاصطلاح:

محل العقد: هو ما يثبت فيه أثر العقد وحكمه[٤].

فكلمة يثبت تبين وجه الربط بين المعنى اللغوي والمعنى الاصطلاحي، وكأن في تعاقده على أمر ما يصبح مستقراً عنده مما يحقق له الانتفاع به.

فالارتباط المعتبر شرعاً يترك أثره في المعقود عليه، فينقله من حال إلى حال أخرى جديدة.

---

(1) الدريني، د. فتحي الدريني، (١٩٩٠). النظريات الفقهية. (ط٢). دمشق: من مطبوعات جامعة دمشق، ص١٨١.

(2) الجرجاني، علي الجرجاني، حكمة التشريع، ص١٦٧.

(3) الصاحب بن عباد، (١٩٩٤). معجم المحيط في اللغة. (ط١). عالم الكتب، ج٢ ص٣١٤.

(4) الزرقا، مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي ج١ ص٣١٤.

ففي عقد البيع مثلاً، ينتقل المبيع من ملكية البائع إلى ملكية المشتري، وبذلك تحول المبيع نفسه من حال إلى حال أخرى[١].

ويختلف المحل باختلاف العقود، فقد يكون[٢]:

أ- عيناً مالية: كالمبيع في عقد البيع والمرهون في عقد الرهن.

ب- أو عملاً من الأعمال: كعمل الأجير في الإجارة، وعمل الوكيل في الوكالة.

ج- منفعة شيء معين: كمنفعة المأجور في عقد الإجارة.

د- أو غير ذلك كما في عقد النكاح والكفالة ونحوهما.

وتبعاً لاختلاف محل العقد تنوعت أسماء العقود، ويمكن تقسيم العقود إلى:

١- عقود المعاوضات:

وهي التي تقوم على أساس إنشاء وجائب متقابلة بين العاقدين، يأخذ فيها كل من الطرفين شيئاً ويعطي في مقابله شيئاً[٣].

وذلك كالبيع والإجارة وغيرهما.

٢- عقود التبرعات:

وهي التي تقوم على أساس المنحة أوالمعونة من أحد الطرفين للآخر.

وذلك كالهبة والإعارة[٤].

٣- عقود الشركات:

وهي التي يكون المقصود منها الاشتراك في نماء المال أو ما يخرج من العمل. وذلك مثل عقود الشركة بأنواعها والمزارعة والمساقاة[٥].

٤- عقود التوثيقات والتأمينات (الضمانات):

وهي التي يقصد بها ضمان الديون لأصحابها، وتأمين الدائن على دينه من قبل المدين.

---

(1) الدريني، النظريات الفقهية ص٢٦٠ وما بعدها.

(2) الموسوعة الفقهية (٣٠، ٢٢١).

(3) الزرقا، المدخل الفقهي العام (١، ٥٧٨).

(4) المرجع السابق.

(5) الفقي، محمد علي، (٢٠٠٢). فقه المعاملات، الرياش: دار المريخ، الرياض، ص١٦٣.

ومن هذا النوع الكفالة، والحوالة والرهن، فإن الدائن بهذه العقود يؤكد حقه في استرداد دينه، ويبعد عنه احتمال خطر الضياع[١].

وهناك تقسيمات أخرى ذكرها العلماء في كتبهم، إلا أنه سيتم تناول الموضوع بحسب هذا التقسيم لما له من صلة بالبحث.

(1) المرجع السابق.

المبحث الأول

من أحكام اختلاف المتعاقدين في محل العقد في عقود المعاوضات

بعد أن تم بيان معنى عقود المعاوضات لا بد من التعرض لأحكام الاختلاف في محلها، ومن عقود المعاوضات عقد البيع، وعقد الإجارة.

المطلب الأول

اختلاف المتعاقدين في محل عقد البيع

قبل بيان أحكام اختلاف المتعاقدين في محل البيع، لا بد من تحديد المعقود عليه في عقد البيع.

يتضمن محل عقد البيع:

١- الثمن.

٢- المبيع.

فمحل عقد البيع هو ما يتعلق به أثره ومقتضاه وهو الملك، وهو ما يتعلق بالمبيع والثمن ليتم التبادل.

الفرع الأول: الاختلاف في الثمن:

قد يختلف المتعاقدان في عقد البيع على الثمن، بأن يدّعي البائع زيادة في الثمن ينكرها المشتري، أو في جنس الثمن أو وصفه ونحو ذلك.

والمقصود بالثمن:

في اللغة: بأنه ما يُستحق به الشيء، والثمن ثمن البيع(١).

قال تعالى: (وشروه بثمن بخس دراهم)(٢)، لأن الدراهم ثمن أبداً، وثمن كل شيء قيمته.

---

(1) ابن منظور، لسان العرب، م٢ ص١٣٤.

(2) سورة يوسف: ٢٠.

وأما في الاصطلاح:

فهو ما يكون بدلاً للمبيع ويتعيّن في الذمة[١].

وهناك كلمة قيمة وهي تحمل في اللغة معنى إضافياً عن الثمن يتمثل في مدى جدوى الشيء أو الرغبة فيه[٢].

وأما في الاصطلاح فالقيمة عبارة عن ثمن المثل، كما أن الثمن المتراضى عليه قد يساوي القيمة أو يزيد عنها أو ينقص[٣].

على أن تحديد المقصود بالثمن لتمييزه عن المبيع من القضايا الاصطلاحية التي ظهر فيها اختلاف بين فقهاء الحنفية.

فعند فقهاء الحنفية[٤] –ما عدا زفر– المبيع والثمن من الأسماء المتباينة الواقعة على معان مختلفة.

فالمبيع عندهم اسم لما يتعيّن بالتعيين، وأما الثمن ما لا يتعيّن بالتعيين، إلا أنه قد يتغيّر هذا الفرق بعارض بأن يكون مالا يحتمل التعيين مبيعاً كالمسلم فيه، وما يحتمله ثمناً كرأس مال السلم إذا كان عيناً.

وأما المالكية[٥] فعلى ما جرى عليه العرف.

والأصح عند الشافعية[٦] إن كان العوضان نقدين أو عرضين، فالثمن ما التصقت به باء الثمينة، ويقرب من هذا رأي الحنابلة[٧].

وقد ترتب على هذا:

الاختلاف مسألة في هل تتعيّن النقود في عقود المعاوضات أم لا؟

بمعنى أنه لو قال أحدهما للآخر بعت منك هذا الثوب بهذه الدراهم أو بهذه الدنانير ثم تلفت تلك الدراهم قبل القبض، فهل يبطل العقد أم لا؟

---

(1) الموسوعة الفقهية (١٥، ٢٥).

(2) نجيب اسكندر. (٢٠٠١). معجم المعاني للترادف والمتوارد. (ط١). دار الآفاق العربية، ص١٠٥.

(3) السيوطي، الأشباه، ص٣٤٠.

(4) الكاساني، بدائع الصنائع (٥، ٢٣٣).

(5) الحطاب، مواهب الجليل، ج٤ ص٤٧٩.

(6) الشربيني، مغني المحتاج، ج٢ ص٧٠.

(7) الرحيباني، مطالب أولي النهى، ج٣ ص٨٥.

اختلف الفقهاء في ذلك:

فقد ذهب الحنفية[١] -ما عدا زفر- والمشهور عند المالكية[٢] ورواية عن أحمد[٣] إلى أن النقود لا تتعيّن بالتعيين في المعاوضات باستثناء عقد الصرف فتتعين الدراهم والدنانير بالتعيين فيه لاشتراط القبض في المجلس.

وبالتالي لو هلكت قبل القبض لا يبطل العقد.

وأما الشافعية[٤] وزفر من الحنفية[٥] وقول لابن القاسم من المالكية[٦] فذهبوا إلى أنها تتعيّن في عقود المعاوضات، ولو هلكت قبل القبض انفسخ العقد عندهم.

وقد استدل كل فريق بعدة أدلة.

ذكر الأدلة ومناقشتها:

استدل الفريق الأول بأدلة تدل بظاهرها على أن النقود لا تتعيّن في عقود المعاوضات.

أدلة القول الأول:

١- أن الثمن اسم لما في الذمة، وبالتالي لم يكن محتملاً للتعيين بالإشارة، فلم يصح التعيين حقيقة في حق استحقاق العين، فجعل كناية عن بيان الجنس المشار إليه ونوعه وصفته وقدره، تصحيحاً لتصرف العاقل قدر الإمكان[٧].

٢- أن التعيين غير مفيد، لأن كل عوض يطلب من المعين في المعاوضات يمكن استيفاؤه من مثله، فلم يكن التعيين في حق الستحقاق العين مفيداً فيُلغى في حقه، ويعتبر في بيان حق الجنس والنوع والصفة والقدر، لأن التعيين في حقه مفيد[٨].

---

(1) ابن عابدين، رد المحتار (٧، ٢٨٣).

(2) الباجي، أبو الوليد سليمان الباجي. (١٩٨٣). المنتقى شرح موطأ الإمام مالك، (ط٣)، بيروت: دار الكتب العلمية ج٤ ص٢٦٨.

(3) ابن قدامة، المغني، (٤، ١٦٩).

(4) النووي، المجموع، (٩، ٢٤٢).

(5) الكاساني، بدائع الصنائع (٥، ٢٣٣)، عبد الوهاب، الأشراف (٢، ٥٥٤).

(6) عبد الوهاب، الأشراف، ج٢ ص٥٥٤.

(7) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٥ ص٢٣٣، الباجي، المنتقى، ج٤ ص٢٦٨.

(8) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٥ ص٢٣٣.

٣- ولأنه يجوز إطلاق الدراهم والدنانير في العقد، فلا تتعين بالتعيين فيه كالمكيال، كما أن المقصود من الدراهم والدنانير رواجها لا عينها، وغير المعين يعمل عمل المعين[١].

من أدلة القول الثاني:

١- أن ثمن الشيء قيمته، وقيمة الشيء ما يقوم مقامه، ولهذا سمي قيمة لقيامه مقام غيره، والثمن والمثمن كل واحد منهما يقوم مقام صاحبه، فكان كل واحد منهما ثمناً ومبيعاً، فدل على أنه لا فرق بين الثمن والمبيع في اللغة، والمبيع يحتمل التعيين بالتعيين فكذا الثمن، إذ هو مبيع[٢].

٢- ولأن الثمن عوض في عقد، فيتعين بالتعيين كسائر الأعواض[٣].

الرأي الراجح:

أن المقصود في عقد البيع هو المبيع، وهو ما يسعى المشتري للحصول عليه، ويحاول أن يبحث حتى يكون بمواصفات معينة عنده، وأما الثمن فما هو إلا مقابل للمبيع، فينتفع به البائع لشراء شيء آخر أو يستثمره في جهة أخرى.

ثم إن الناظر في وقتنا الحالي يرى عدم جدوى تعيين النقود، فالتداول بها أصبح أمراً اعتيادياً وفي تعيينها إيقاع الناس في حرج، فسواء أعطاه مئة دينار معنية ثمناً أو استبدلها بغيرها فالقيمة نفسها.

فالراجح ما ذهب إليه أصحاب القول الأول لرفع الحرج عن الناس ولتيسير المعاملات.

على أن اختلاف المتعاقدين في الثمن قد يكون في حالة وجود بيّنة أو في حالة عدمها.

أ- في حالة وجود بيّنة:

١- إن كان لأحدهما بيّنة، فقد أجمع الفقهاء[٤] على وجوب القضاء له بها؛ لأنه أثبت دعواه بالحجة.

٢- وإن كان لكل واحدٍ منهما بيّنة:

إذا وقع الاختلاف بين البائع والمشتري في قدر الثمن، بأن يدّعي أحدهما زيادة في الثمن

---

(1) المصدر نفسه.

(2) الكاساني، بدائع الصنائع (٥، ٢٣٣).

(3) الشيرازي، المهذب (١، ٣٥٣).

(4) الطرابلسي، معين الحكام ص٢٣٧، ابن الهمام، فتح القدير (٨، ٢١٥).

ينكرها الآخر، ولكل واحد منهما بيّنة تثبت صحة دعواه، فقد تباينت آراء الفقهاء في ذلك.

فعند فقهاء الحنفية[١] وقول عند الشافعية[٢] وقول عند الحنابلة[٣] أن البيّنة المظهرة للزيادة أولى. فيقضى بينة البائع لأنه مدع للفضل ولأنها زادت على بينة المشتري.

وقد علل الحنفية[٤] ذلك: بأن:

البيّنات شرعت للإثبات، ولا تعارض في الزيادة، حيث البينة المثبتة للأقل لا تتعارض للزيادة، فترجح البينة المثبتة للزيادة على البينة النافية لها، كما أن البينة بينة من لا اتفاق على قوله[٥].

أما عند المذاهب الأخرى، فلم ترد المسألة خاصة في الزيادة في الثمن، وإنما عن تعارض البينات وكيفية القضاء فيها.

فعند المالكية[٦] تحكم بأعدل البينتين عند التعارض، وهذا في الأموال خاصة.

وأما ما عليه مذهب الشافعية[٧] والحنابلة[٨] بأنهما إن أقاما بينتين ولم تؤرخا بتاريخين تساقطتا وكأنه لا بينة فيتحالفان، بخلاف ما إذا أرخا بتاريخين، لا تحالف، بل يقض بمتقدمة التاريخ.

فقد ورد عن الرافعي (وإن أقام كل واحد منهما بينة على مايقوله، سمعتا من حيث أن كل واحد منهما مدع ومدعى عليه، ثم إن قلنا بالتساقط فكأنه لا بينة، وإلا توقفنا إلى ظهور الحال)[٩]، وهو ما ذهب إليه المالكية[١٠] عندما تتكافأ البينتان، فهما كمن لا بينة له.

إلا أن الماوردي من الشافعية[١١] ذكر أنه في تعارض البينتين في العقود قولان:

---

(1) ابن نجيم، البحر الرائق، ج٧ ص٣٧٢.

(2) الشيرازي، المهذب، ج٢ ص٤٠٢.

(3) المرداوي، الإنصاف، ج١١ ص٣٠١.

(4) الطرابلسي، معين الحكام، ص٢٣٧، ابن نجيم، البحر الرائق، ج٧ ص ٣٧٢.

(5) الطرابلسي، معين الحكام، ص٢٣٧، ابن نجيم، البحر الرائق، ج٧ ص ٣٧٢.

(6) ابن فرحون، تبصرة الحكام (١، ٢٤٧).

(7) زكريا، أسنى المطالب، ج٢ ص١١٥.

(8) البهوتي، كشاف القناع ج٣ ص٢٣٦.

(9) الرافعي، العزيز ج٤ ص٣٧٥ وما بعدها.

(10) المدونة الكبرى (٣، ١٧٤٣).

(11) الماوردي، الحاوي (٥، ٣٠٤).

أحدهما: إسقاط البينتين والتحالف.

والثاني: الإقراع بينهما.

وبذلك يظهر:

أن من الفقهاء من رأى بأن كلاً منهما مدع ومدعى عليه، وبذلك فإن وجود بينة لكل منهما أوجد تعارضاً فيمن تؤخذ بينته.

أما الحنفية فرأوا أنه إن كان يتعلق بدعوى الزيادة في الثمن، فمن يثبت ببينته الزيادة تكون الحجة له، حيث لا تعارض على اعتبار أن البينات للإثبات وهو قد أثبت الزيادة.

وبذلك فيُرجح رأي الحنفية في دعوى الزيادة، حيث أن البينة أظهرت أمراً كان من شأنه فض النزاع والخلاف بينهما بالقضاء لمن يثبت الزيادة، وكذلك الحال في دعوى زيادة المبيع من قبل المشتري والله أعلم.

ب- في حالة عدم وجود بيّنة:

إن اختلف البائع والمشتري في الثمن ولم يكن لأي منهما بينة، عندها يتوجه الحاكم للمشتري ويعرض عليه إما أن يرضى المشتري بالثمن الذي ادّعاه البائع وإلا فسخ البيع، وكذلك قيل للبائع إما ترضى ما ادعاه المشتري من المبيع وإلا فسخ البيع.

وسبب ذلك أن المراد قطع المنازعة ودفع الخصومة، وربما إذا علم المشتري أو البائع بالفسخ قد يتراجعان ويرضى أحدهما بما ادّعاه الآخر، وعلى أيهما تراضيا يتم تنفيذ العقد[١].

أما إن لم يتراضيا فاختلف الفقهاء في ذلك على أقوال وحالات:

أولاً: الاختلاف في الثمن والمبيع قائم:

ذهب الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال:

١- ذهب الحنفية[٢] والشافعية[٣] ورواية عند الإمام[٤] مالك والمشهور عند الإمام أحمد[٥]:

---

(1) وكذلك الحكم في حالة ادّعاء المشتري زيادة في المبيع ينكرها البائع. ابن الهمام، فتح القدير (٨، ٢١٦)، الشيخ نظام، الفتاوى الهندية (٤، ٣٧)، دامادافندي، مجمع الأنهر (٢، ٢٦٣)، ابن مودود، الاختيار، ج٢ ص١٢٠.

(2) السرخسي، المبسوط (١٣، ٣٥)، وهذا التحالف قبل القبض أما بعد القبض فكان القياس أن يكتفي بحلف المشتري لكنهم قالوا بالتحالف بالنص لقوله صلى الله عليه وسلم:- (إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادّا) ابن الهمام، فتح القدير (٨، ٢١٨ - ٢١٩).

(3) الماوردي، الحاوي (٥، ٢٩٧).

(4) القرافي، الذخيرة (٥، ٣٢٢).

(5) ابن قدامة، المغني (٤، ٢٨٨).

إلى أنهما يتحالفان ويتفاسخان.

٢- وفي قول للإمام أحمد[١] وهو قول زفر[٢] أن القول قول المشتري مع يمينه.

٣- اليمين على البائع، لأن القول قوله مع يمينه وهو رواية عن الإمام أحمد[٣] وذكره ابن رشد في المقدمات[٤].

ما استدل به أصحاب القول الأول:

١- قوله صلى الله عليه وسلم: **(**لو يُعطى الناس بدعواهم، لادّعى أناس دماء رجال وأموالهم، ولكن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه**)**[٥].

وجه الدلالة:

إن كل واحد منهما مدع ومدعى عليه؛ فالبائع مدع زيادة الثمن، ومدعى عليه تملك العين بالأقل.

والمشتري مدع تملك العين بالأقل، ومدعى عليه الزيادة.

فالبائع والمشتري كلا منهما مدع وليس لهما بينة، وكلا منهما مدعى عليه، فيحلف اليمين[٦].

٢- حديث أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: **(**إذا اختلف المتابيعان تحالفا وترادا**)**[٧].

---

(1) المرجع السابق.

(2) السرخسي، المبسوط (١٣، ٣٥).

(3) ابن قدامة، المغني (٤، ٢٨٩).

(4) ابن رشد، المقدمات (٢، ١٩٣).

(5) سبق تخريجه.

(6) النووي، المجموع (١٢، ١٠٩)، ابن الفراء، التهذيب في فقه الشافعي (٣، ٥٠٣)، الشيرازي، المهذب (١، ٣٨٧)، حاشية المنتهى/ النجدي وهي في هامش منتهى الإرادات ٣٢٨/٢ لإبن النجار.

(7) ورد في تلخيص الحبير رواية (تحالفا أو ترادّا) ورواية (تحالفا).
أما رواية (تحالفا) ذكر الرافعي أنه لا ذكر لها في شيء من كتب الحديث، وإنما توجد في كتب الفقه.
أما في رواية التراد، فرواها مالك بلاغاً عن ابن مسعود بإسناد منقطع.
ابن حجر العسقلاني، تلخيص الحبير، (٣، ٨٤).

وجه الدلالة:

أن الحديث نص صريح وواضح الدلالة في التحالف والرد[١].

وأما أصحاب القول الثاني فقد عللوا قولهم:

بأن المشتري منكر للزيادة، وبما أنه لا بينة، فإنه توجه اليمين علىالمشتري، ثم يكون القول قوله حيث لا بينة من قبل البائع[٢]لقوله صلى الله عليه وسلم: (ولكن البينة على المدعي واليمين على من أنكر)[٣].

أما دليل القول الثالث:

عن عبد الرحمن بن محمد بن الأشعث عن أبيه عن جده، قال: اشترى الأشعث رقيقاً من رقيق الخمس من عبدالله بعشرين ألفاً، فأرسل عبدالله إليه في ثمنهم، فقال: إنما أخذتهم بعشرة آلاف.

فقال عبدالله: فاختر رجلاً يكون بيني وبينك، قال الأشعث: أنت بيني وبين نفسك، فقال عبدالله: فإني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: (إذا اختلف البيعان ليس بينهما بينة، فهو ما يقول رب السلعة، أو يتتاركان)[٤].

وفي رواية أنه قال: (أيما بيعين تبايعا، فالقول ما قال البائع أو يترادان)[٥].

وجه الدلالة:

أن الحديث واضح الدلالة في تصديق قول البائع فقط مع يمينه، والخيار للمشتري ولا يحلف[٦]، فإما أن يقبل البائع أو التراد.

---

(1) السرخسي، المبسوط (١٣، ٣٥).

(2) ابن قدامة، المغني (٤،٢٨٨).

(3) سبق تخريجه.

(4) مختصر سنن أبي داود، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى ١٤٢١هـ - ٢٠٠١م، ج٣، ص٣٤٣ إلا أن فيه انقطاع ذكره الزيلعي. (١٩٩٧). في نصب الراية لأحاديث الهداية (ط١) بيروت:- مؤسسة الريان، ج٤ ص١٠٥.

(5) الزيلعي، نصب الراية (٤، ١٠٥)، ذكره فقط.

(6) الزحيلي، وسائل الإثبات ص٦٨٩.

مناقشة الأدلة:

مناقشة أدلة القول الأول:

أما الحديث الذي استدلوا به وهو قوله صلى الله عليه وسلم: (لو يعطى الناس بـدعواهم لادعى أناس دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه)[١]، فاعترض عليه بأن هـذا الحديث عام، وحديث ابن مسعود في اختلاف البائع والمشتري والقول قول البـائع مخصـص له[٢].

وأما حديث (إذا اختلف المتابيعان تحالفا وارادا).

فقد اعترض على هذه الرواية بأن فيها انقطاعاً[٣].

مناقشة دليل القول الثاني:

فقد اعترض على استدلالهم بالحديث بأنه عام، وقد ثبت دليل خاص في تحليف البـائع واعتبار قوله، وأن البائع منكر للثمن الأقل الذي يدّعيه المشتري، فيعتبر كل من البائع والمشتري مدعياً ومنكراً معاً[٤].

مناقشة دليل القول الثالث:

اعترض عليه بأن حديث ابن مسعود فيه انقطاع[٥].

واعترض عليه أيضاً بأن هذا الرأي متفق مع القول بالتحالف ولا تعارض بينهما، وذلك بأن يكون القول قول البائع مع يمينه، فإن حلفا فرضي المشتري بذلك أخذ به، وإن أبى حلـف أيضاً وفسخ بينهما، ولأجل الجمع بين روايات الحديث الأخرى التي جـاء منهـا (إذا اختلـف المتبايعان والسلعة قائمة ولا بينة لأحدهما تحالفا)[٦]، وكذلك لأن كل واحد منهما مدع ومـدعى عليه فشرعت اليمين في حقهما.

---

(1) سبق تخريجه.

(2) الزحيلي، وسائل الإثبات ص٦٨٩.

(3) ابن حجر العسقلاني، تلخيص الحبير (٤، ٨٤).

(4) الزحيلي، وسائل الإثبات ص٦٨٨.

(5) الزيلعي، نصب الراية (٤، ١٠٥).

(6) ابن حجر العسقلاني، تلخيص الحبير (٣، ٨٥) وذكر بأنه انفرد بهذه الزيادة (والسلعة قائمة) ابن أبـي ليلى وهو محمد بن عبد الرحمن الفقيه وهو ضعيف سيء الحفظ.

ونجد أن في التحالف جانب من العدل، حيث يحلف البائع، فإن رضي المشتري أخذ به، وإن أبى حلف المشتري ثم يفسخ البيع بينهما. خاصة وأنه لا بينة، فقد يجد البائع إنقاصاً من حقه إذا أتمّ البيع، فنتوجه إليه باليمين.

ثانياً: الاختلاف في الثمن بعد تلف المبيع:

إن اختلف البائع والمشتري في الثمن بعد هلاك المبيع، فإن تم التعاقد على بيع حصان مثلاً، وادّعى البائع أن ثمن الحصان خمسمائة دينار، وادّعى المشتري أن ثمنه ثلاثمائة دينار وكان الحصان قد نفق.

ولكن قبل بيان حكم الاختلاف بينهما لابد من بيان أثر هلاك المحل على عقد البيع.

هلاك المبيع في البيع الصحيح:

إذا هلك المبيع كله قبل القبض أو تلف، بأن هلك بسبب آفة سماوية، أو بفعل صدر من أحد المتعاقدين –البائع أو المشتري– أو هلك بفعل أجنبي، فما أثر هلاك المبيع على عقد البيع؟

يختلف حكم المسألة باختلاف الحالة التي وقع فيها بأن كان قبل القبض أو بعده، وكذلك يختلف الحكم باختلاف سبب الهلاك أو التلف.

تفصيل المسألة:

١- هلاك المبيع كله بآفة سماوية قبل القبض:

إن هلك المبيع كله بآفة سماوية قبل أن يقبض المشتري، فقد ذهب الحنفية[١] والمالكية[٢] والشافعية[٣] إلى أن العقد ينفسخ.

وقيد الحنابلة[٤] ذلك إن كان المبيع موزوناً أو مكيلاً.

سبب تقييد الحنابلة[٥] ذلك:

---

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، (٥، ٢٣٨).

(2) الدردير، الشرح الصغير، (٣، ٢٠٠)، وقُيِّد بالمبيع المعين لا الموصوف المتعلق بالذمة، منح الجليل، ج٥ ص٢٣٦.

(3) الشيرازي، المهذب، (١، ٣٩٢).

(4) البهوتي، كشاف القناع، (٣، ٢٤٤)، ابن قدامة، الشح الكبير، (٤، ١٢٤).

(5) المصدر نفسه.

لأنه قبل القبض، يكون المبيع من ضمان البائع، والمكيل والموزون والمعدود غير متعيّن، فكان في ضمان البائع.

وأما غير المكيل والموزون فهو مبيع معيّن، لأنه لا يتعلق به حق توفية، فكان من مال المشتري حتى لو لم يقبضه، لأن التعيين كالقبض.

وأما المبيع بصفة أو برؤية متقدمة فهو في ضمان البائع حتى يقبضه المشتري لأنه يتعلق به حق توفية، فجرى مجرى المكيل والموزون.

فظاهر مذهب الحنابلة أن المكيل والموزون لا يدخل في ضمان المشتري إلا بقبضه لأنه غير متعيّن.

وما يحتاج إلى القبض إذا تلف قبل قبضه، فهو في ضمان البائع.

وعلّل الفقهاء سبب الفسخ:

بأن التلف قبل القبض، أي أن المبيع في ضمان البائع(1)، ثم أنه لو أن عقد البيع بقي لوجب مطالبة المشتري بالثمن، مما يترتب عليه مطالبة البائع بتسليم المبيع، وبما أن البائع عاجز عن التسليم(٢)، فتمتنع المطالبة أصلاً، فلم يكن في بقاء البيع فائدة، فكان الفسخ وبذلك فقد سقط الثمن عن المشتري؛ لأن انفساخ البيع يعني ارتفاعه وكأنه لم يكن(٣) أصلاً.

وبذلك فإن القول بالفسخ لا خلاف فيه بين الفقهاء، ولكن تقييد الحنابلة ذلك بالمكيل والموزون فيه نظر.

فعند الحنابلة، إن المفتقر إلى القبض يكون في ضمان البائع، ولا يجوز للمشتري التصرف فيه إلا بعد قبضه، وما لا يفتقر إلى قبض في ضمان مشتريه، وله التصرف فيه سواء قدر على القبض أم لم يقدر، إلا أن يمنعه فيضمن ضمان غصب لا ضمان عقد(٤).

فتقييد الحنابلة ذلك بالمكيل والموزون عائد إلى أن المكيل والموزون يكون في ضمان المشتري بعد قبضه، إلا أن القاعدة العامة عند جمهور الفقهاء أن ما كان قبل القبض من ضمان البائع؛ لأنه لو اشترى شخص سيارة، وقبل قبضها تلفت بآفة سماوية، فكيف يجبر المشتري على دفع ثمنها دون الحصول على مقابل للثمن، ففي ذلك خسارة كبيرة للمشتري، فتعود المعاوضات

---

(1) حاشية الدسوقي، (٣، ١٤٧)، البهوتي، كشاف القناع، (٣، ٢٤٣).

(2) الشيرازي، المهذب، (١، ٣٩١).

(3) الكاساني، بدائع الصنائع، (٥، ٢٣٨).

(4) شرح الزركشي، (١، ٥٤٠).

تنشئ التزامات نوعاً ما متوازنى، شيء مقابل شيء. فما ذهب إلى جمهور الفقهاء هو الـــراجح والله أعلم.

٢- هلاك المبيع كله بفعل أجنبي قبل القبض:

وإن تلف المبيع بفعل أجنبي فقد ذهب الحنفية[١] والمالكية[٢] والأظهر عند الشافعية[٣] وهو مذهب الحنابلة[٤] إلى أن البيع لا ينفسخ.

وفي قول الشافعية[٥] أنه ينفسخ البيع؛ لأنه فات التسليم المستحق بالعقد، فانفسخ البيع كما لو تلف بآفة سماوية.

تفصيل رأي الجمهور:

أن المبيع إن هلك بفعل أجنبي، فعليه ضمانه؛ لأنه أتلف مالاً مملوكاً لغيره بدون إذنه ولا يدله عليه، فيكون مضموناً بالمثل إن كان من ذوات الأمثال، أو بالقيمة إن لم يكـــن مـــن ذوات الأمثال.

وللمشتري الخيار، إن شاء فسخ البيع، فيعود المبيع إلى ملك البـــائع، ويتبـــع الجـــاني فيضمنه.

وإن شاء المشتري اختار البيع، وأتبع الجاني بالضمان، وأتبعه البائع بالثمن؛ لأن المبيع قد تعيّن في ضمان البائع؛ لأنه كان عيناً فصار قيمة، وتعيّن المبيع في ضمان البـــائع يوجـــب الخيار[٦].

فلا ينفسخ البيع لقيام البدل مقام المبيع، فقام مقامه في القبض.

على أن الحنابلة[٧] قيّدوا ذلك إذا كان المبيع مكيلاً أو موزوناً أو نحوهما، وإلا فقد هلـــك على حساب المشتري، ويتبع المتلف بالضمان.

---

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، (٥، ٢٣٨).

(2) حاشية الدسوقي، (٣، ١٥٠)، الشرح الكبير، (٤، ١٢٦).

(3) الشيرازي، المهذب، (١، ٣٩١).

(4) البهوتي، كشاف القناع، (٣، ٢٤٤).

(5) المهذب، (١، ٣٩١).

(6) الكاساني، بدائع الصنائع، (٥، ٢٣٨)، الشربيني، مغني المحتاج، (٢، ٦٧). الشيرازي، المهـــذب، (١، ٣٩١).

(7) البهوتي، كشاف القناع، (٣، ٢٤٤).

نجد أن العقد قد تم بيت طرفين –البائع والمشتري–، ثم حدث تلف خارجي مما نتج عنه الضمان، ولكن لمن يدفع الأجنبي قيمة المتلف؟

فإن اختار المشتري إمضاء البيع، ودفع الثمن للبائع، ودفع الجاني قيمة المتلف للمشتري، وإن اختار المشتري الفسخ، دفع الجاني قيمة المتلف للبائع.

ففي الحالتين لا ضرر على أي منهما –البائع والمشتري–، فالأمر سيّان لهما، ولا خسارة تترتب على أحدهما، فكان القول بالخيار هو الراجح. والله أعلم.

٣- هلاك المبيع كلّه بفعل صدر من أحد المتعاقدين:

أ- إن هلك المبيع كلّه بفعل البائع قبل القبض:

١- فقد ذهب الحنفية[١] والأصح عند الشافعية[٢] إلى أن العقد ينفسخ، ويسقط الثمن عن المشتري[٣]، وحكمه كالتلف بآفة سماوية[٤].

٢- وذهب المالكية إلى تفصيل لأن يكون البيع على البت أو على الخيار، وبين أن يكون التلف عمداً أو خطأً.

٣- وذهب الحنابلة[٥] وقول عند الشافعية[٦]:

أن المشتري يخيّر بين الفسخ وبين إمضاء البيع ومطالبة المتلف بالبدل.

تعليل رأي الحنفية والشافعية:

أن المبيع في يد البائع مضمون بأحد الضمانين وهو الثمن، فلو هلك في يده سقط الثمن عن المشتري، فلا يكون مضموناً بضمان آخر، إذ المحل الواحد لا يقبل الضمانين.

وسواء كان البيع باتاً أو بشرط الخيار فالمبيع في يد البائع مضمون بالثمن في الحالتين، فيمنع كونه مضموناً بضمان آخر[٧].

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، (٥، ٢٣٨).
(2) الشيرازي، المهذب، (١، ٣٩١).
(3) الكاساني، بدائع الصنائع، (٥، ٢٣٨).
(4) الشربيني، مغني المحتاج، (٢، ٦٧).
(5) البهوتي، كشاف القناع، (٣، ٢٤٣).
(6) الشربيني، مغني المحتاج، (٢، ٦٧).
(7) الكاساني، بدائع الصنائع، (٥، ٢٣٨).

ثم أنه في حالة تلفه من قبل البائع لا يمكن الرجوع على البـائع بالقيمـة؛ لأن المبيـع مضمون عليه بالثمن، فلا يجوز أن يكون مضموناً عليه بالقيمة بخلاف الأجنبي، فإن المبيع غير مضمون عليه بالثمن، فجاز أن يضمنه بالقيمة[١].

تفصيل رأي المالكية:

فرّق المالكية بين أن يكون المبيع على البت أو على الخيار، وبين أن يكون التلف عمداً أو خطأً.

فإن كان البيع على البت، فإتلاف البائع يوجب العزم للمشتري، سواء أكان الإتلاف عمداً أو خطأً.

وأما إذا كان البيع على الخيار، فينظر لمن الخيار؟

فإن كان الخيار للبائع انفسخ البيع سواء كان الإتلاف عمداً أو خطأً، وأما إذا كان الخيار للمشتري، فإن البائع المبيع عمداً، ضمن البائع للمشتري الأكثر من الثمن والقيمة؛ لأن للمشتري أن يختار الرد إن كان الثمن أكثر أو الإمضاء إن كانت القيمة أكثر.

وأما إذا كان إتلاف البائع للمبيع خطأً فينفسخ البيع[٢].

تعليل رأي الحنابلة[٣]:

إن المشتري يخيّر بين الفسخ وإمضاء البيع؛ لأنه لما فسخ المشتري عاد الملك للبائع.

وإما إن اختار إمضاء البيع، فللمشتري مطالبة متلفه حتى لو كان البائع نفسه، فيطالبـه بمثل المتلف إن كان مثلياً، وإلا بقيمته؛ لأن الإتلاف كالعيب، وقد حصل في موضع يلزم البائع ضمانه فكان للمشتري الخيار كالعيب في المبيع.

هذا إذا لم يكن المبيع مكيلاً أو موزوناً أو نحوهما.

وقد رد الحنابلة على تعليل الشافعية[٤]:

إن هذه المسألة تختلف عما لو تلف بآفة سماوية؛ لأنه لم يوجد ما يقتضي الضمان فـي ذلك، بخلاف ما لو أتلفه آدمي. فإن إتلافه يقتضي الضمان بالبدل، وحكم العقد يقتضي الضمـان

(1) الشيرازي، المهذب، (١، ٣٩١).

(2) حاشية الدسوقي، (٣، ١٠٥).

(3) البهوتي، كشاف القناع، (٣، ٢٤٣)، الشرح الكبير، (٤، ١٢٦).

(4) البهوتي، كشاف القناع، (٣، ٢٤٣).

بالثمن، فكانت الخيرة للمشتري في التضمين بأيهما شاء.

ونجد أن رأي الحنفية والشافعية فيه من الوجاهة، حيث أنه بإتلاف المبيع من قبيل البائع، سقط الثمن عن المشتري، فهنا مبيع مقابله ثمن، إتلاف المبيع يؤدي إلى إسقاط الثمن، وكيف يضمن البائع المبيع وهو لم يسلّمه للمشتري ويتحمل تبعات عدم القبض، كما لو هلك بآفة سماوية، فيتحمل البائع كذلك إتلاف المبيع من قبله بإسقاط الثمن عن المشتري –والله أعلم.

ب- هلاك المبيع كلّه بفعل المشتري قبل القبض:

فقد ذهب الحنفية[١] والمالكية[٢] والأظهر عند الشافعية[٣] وهو مذهب الحنابلة[٤]:

إلى أنه لا ينفسخ البيع، ويستقر الثمن على المشتري، فيكون إتلافه كالقبض، إلا أنه تصرف فيه[٥].

إلا أن الشافعية قيّدوا ذلك بأن علم المشتري أنه المبيع حالة إتلافه[٦].

تعليل رأي الجمهور:

إن هلك بفعل المشتري، لا ينفسخ البيع وعليه الثمن؛ لأنه بالإتلاف صار قابضاً كل المبيع، حيث لا يمكن إتلافه إلا بعد إثبات يده عليه وهو معنى القبض، فيتقرر عليه الثمن[٧].

إلا أن الحنفية والمالكية قيّدوا ذلك الحكم في حالة البيع البات أو كان الخيار للمشتري في بيع الخيار؛ لأن خيار المشتري لا يمنع زوال البيع عن ملك البائع بلا خلاف، فلا يمنع صحة القبض وبالتالي يتقرر الثمن.

وعند الحنفية إن كان البيع بشرط الخيار للبائع، فعلى المشتري ضمان مثله إن كان مما له مثل، وإلا فقيمته؛ لأن خيار البائع يمنع زوال السلعة عن ملكه بلا خلاف، فكان المبيع على حكم ملك البائع، وملكه مضمون بالمثل أو القيمة[٨].

---

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، (٥، ٢٣٨).

(2) حاشية الدسوقي، (٣، ١٠٤).

(3) الشربيني، مغني المحتاج، (٢، ٥٥).

(4) البهوتي، كشاف القناع، (٣، ٢٤٣) والتي تليها.

(5) الشرح الكبير، (٤، ١٢٥).

(6) الشربيني، مغني المحتاج، (٢، ٦٧).

(7) الكاساني، بدائع الصنائع، (٥، ٢٣٨).

(8) المرجع السابق.

وأما المالكية، فإن كان البيع بشرط الخيار للبائع ضمن المشتري الأكثر من ثمنه الذي بيع به أو القيمة –وتعتبر يوم قبض المشتري للمبيع–[1]؛ لأنه من حق البائع اختيار الإمضاء إن كان الثمن أكثر والرد إن كانت القيمة أكثر، إلا أن يحلف المشتري أن المبيع ضاع بغير تفريط أو تلف بغير سببه، فيضمن الثمن إذا كانت القيمة أكثر من الثمن، ولا يلتفت إلى القيمة.

وأما إذا كان الثمن أكثر من القيمة أو مساوياً لها، فيضمن الثمن من غير يمين[2].

نجد أن القبض يعني القدرة على التصرف بالمبيع، وبما أن المشتري قد أتلف البيع، فهو قد تصرف فيه، أي أصبح في معنى القبض حكماً، فيستقر الثمن عليه، إلا إذا كان هناك خيار للبائع، فعلى المشتري المثل أو القيمة، صوناً لخيار البائع والله أعلم.

حكم الاختلاف:

إن اختلف البائع والمشتري في ثمن المبيع بعد هلاكه، بأن إدّعى البائع ثمناً يزيد عن ما إدّعاه المشتري.

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

١- ذهب الإمام أبو حنيفة وأبو يوسف[3] والمالكية في رواية لابن وهب[4] والإمام أحمد[5]: أنها إن هلكت فالقول قول المشتري مع يمينه، إذا كان الثمن ثابتاً في الذمة.

٢- وأما الإمام الشافعي[6] ومحمد من الحنفية[7] ورواية للأشهب من المالكية[8] والإمام أحمد[9]: فيتحالفان ويترادان.

ما استدل به أصحاب القول الأول:

١- قوله صلى الله عليه وسلم: (إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها، تحافت

---

(1) حاشية الدسوقي، (٣، ١٠٤).

(2) المرجع السابق.

(3) السرخسي، المبسوط (١٣، ٣٩).

(4) عبد الوهاب، الاشراف (٢، ٥٧٣)، ابن فرحون، تبصرة الحكام (١، ٢٤٥).

(5) ابن قدامة، الكافي (٢، ٧٧).

(6) المطيعي، تكملة المجموع (١٢، ١١٤)، النووي، روضة الطالبين ٢٣٠/٣.

(7) السرخسي، المبسوط (١٣، ٣٩).

(8) القرافي، الذخيرة (٥، ٣٢٢)، ابن فرحون، تبصرة الحكام (١، ٢٤٥).

(9) ابن قدامة، الكافي (٢، ٧٧)، ابن النجار، منتهى الإرادات (٢، ٣٣٠).

وترادّا)[١].

وجه الدلالة[٢]:

إن شرط التحالف بقاء السلعة، فإن هلكت فلا تحالف بينهما؛ لأن التحالف في حال بقاء السلعة كان استحساناً، ففي القياس القول قول المشتري؛ لأنهما اتفقا على أصل البيع، إلا أن البائع ادّعى زيادة في حقه، والمشتري منكر لذلك.

ففي القياس كان القول قول المشتري مع يمينه؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: (البينة على المدعي واليمين على من أنكر) إلا أن ورود الحديث الشريف (إذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا) أدّى إلى ترك القياس. والأخذ بالنص (والسلعة قائمة).

ثم إن ورود كلمة (والسلعة قائمة) على وجه الشرط، فكان شرط التحالف بقاء السلعة، وحال هلاك السلعة ليس في معنى حال قيام السلعة؛ لأن عند قيام السلعة يندفع الضرر عن كل واحد منهما بالتحالف، فينفسخ العقد ويعود إلى كل واحد منهما رأس ماله بعينه، وبعد هلاك السلعة لا يحصل ذلك فالعقد بعد هلاك السلعة لا يحتمل الفسخ[٣].

ولا معنى فيه للتحالف، لأن التحالف سبب يثبت فيه الفسخ، فسقط بتلف المبيع[٤].

ثم إن قوله صلى الله عليه وسلم (ويترادّان) المراد رد العقد لا رد المقبوض[٥]، ففي حال قيام السلعة يمكن التراد، أما في حال تلفها لا يمكن[٦]؛ لأن ما يكون على ميزان التفاعل يقتضي وجوده من الجانبين، وأحدهما قد تلف، فلا يتحقق التراد كما في الحديث، فدلّ على أن ذلك في حال قيام السلعة فقط[٧].

٢- ولأن هلاك العين المستحق بدلها على الضمان، يكون القول قول من تلف في يده، لا مقدار ما يستحق بها، أصله الغصب[٨].

---

(1) الزيلعي، نصب الراية (٤، ١٠٥).

(2) السرخسي، المبسوط (١٣، ٣٩).

(3) ابن الهمام، شرح فتح القدير (٨، ٢٢٦ – ٢٢٧).

(4) عبد الوهاب، الإشراف (٢، ٥٧٥).

(5) السرخسي، المبسوط (١٣، ٣٧).

(6) ابن قدامة، الكافي (٢، ٧٧).

(7) السرخسي، المبسوط، ج١٣ ص٣٧.

(8) عبد الوهاب، الاشراف (٥٧٥،٢).

أدلة أصحاب القول الثاني:

١- قوله صلى الله عليه وسلم: (البينة على من ادّعى واليمين على من أنكر)[١].

وجه الدلالة:

إن كل واحد من المتبايعين منكر ومدع، فوجب أن يتحالفا[٢].

٢- قوله صلى الله عليه وسلم: (إذا اختلف البيعان فالقول قول البائع والمبتاع بالخيار)[٣].

وجه الدلالة:

أنه لم يفرّق بين بقاء السلعة وتلفها، فيبقى التحالف سواء حال قيام السلعة أو تلفها[٤]، فعلى البائع الحلف ثم يختار المبتاع الأخذ أو الترك[٥].

فإن اختلفا في قيمتها وجب قيمة مثلها موصوفاً بصفاتها، وإن زادت على ما ادّعاه البائع، لأن الثمن سقط ووجبت القيمة[٦].

٣- أن القيمة تقوم مقام العين، ولذلك سميت قيمة[٧].

٤- لأن الاختلاف إذا وقع في كيفية زوال الملك بين المتعاقدين، لم يجعل القول قول مدّعي الملك عند تلف السلعة، كما لو اختلفا فقال أحدهما بعتكها وقال الآخر وهبتنيها[٨].

[إلا أن هذا الدليل ليس في محله، لأن الخلاف ليس على كيفية زوال الملك، فالكيفية متفق عليها بوجود عقد البيع، ولكن الخلاف في الثمن، فكان قياساً مع الفارق].

(1) سبق تخريجه.
(2) الماوردي، الحاوي (٥، ٢٩٨).
(3) الزيلعي، نصب الراية (٤، ١٠٦).
(4) الماوردي، الحاوي (٥، ٢٩٨).
(5) القرافي، الذخيرة ج٥ ص٣٢٢ وما بعدها.
(6) ابن مفلح، المبدع (٤، ١١).
(7) القرافي، الذخيرة (٥، ٣٢٢).
(8) عبد الوهاب، الاشراف (٢، ٥٧٤).

مناقشة الأدلة:

وقد رد أصحاب القول الأول على أدلة القول الثاني:

١- حديث (البينة على من ادّعى واليمين على من أنكر)[١].

أنه في القياس القول قول المشتري، فالبائع والمشتري اتفقا على أصل البيع ، وادّعى البائع زيادة في حقه وهو الثمن، والمشتري منكر لذلك، فالقول قوله مع يمينه لقوله صلى الله عليه وسلم (واليمين على من أنكر).

ولكن ترك القياس بالسنة في حال قيام السلعة لحديث (إذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا).

والمخصوص من القياس بالسنة لا يلحق به إلا ما كان في معناه، وحال هلاك السلعة ليس في معنى حال قيام السلعة.

وبذلك في حال هلاك السلعة يكون الحكم كما كان في القياس وهو القول قول المشتري مع يمينه[٢].

٢- وأما حديث (إذا اختلف البيعان فالقول قول البائع والمبتاع بالخيار)[٣].

إن هذا الحديث مطلق، فكان التقييد شرط بقاء السلعة (والسلعة قائمة)، فصار هذا الإطلاق محمولاً على ذلك التقييد.

وقد رد أصحاب القول الثاني على أدلة القول الأول بما يلي:

١- حديث (والسلعة قائمة) يمكن الرد عليه من عدة وجوه:

أن لفظ (والسلعة قائمة) انفرد بهذه الزيادة ابن أبي ليلى، وهو محمد بن عبد الرحمن الفقيه، وهو ضعيف سيء الحفظ[٤]، فلا تصح من طريق النقل، مع احتمال أن يكون ذكرها من التغليب، فأكثر ما يعرض النزاع حال قيام السلعة[٥].

---

(1) سبق تخريجه.

(2) السرخسي، المبسوط ج١٣، ص٣٥، ٣٨.

(3) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٤، ١٠٦) وقال عنه حديث مرسل.

(4) ابن حجر، تلخيص الحبير (٣، ٣٦).

(5) المجموع (١٢، ١١٢).

وقد رد أصحاب القول الأول على ذلك بأن للحديث طرقاً يقوي بعضها بعضاً فيصير حسناً[١].

٢- أما قولهم إن السلعة بعد تلفها لا تقبل الفسخ.

فالرد عليه أنه من ابتاع عبداً، وقتل في يد البائع، فالمشتري بالخيار بين أن يفسخ ويسترجع الثمن أو يقيم على البيع ويأخذ من القاتل قيمة العبد، فقد جعل العقد بعد التلف يقبل الفسخ[٢].

كما أن التحالف يثبت لرفع الضرر واستدراك الظلامة، وهذا المعنى موجود بعد هلاك السلعة فوجب أن يثبت التحالف، فإذا تحالفا رجع بقيمته[٣].

وسبب الخلاف كما يقول ابن رشد[٤]:

أن من قال يتحالفان في كل حال ويتفاسخان على اعتبار أن كلا منهما مدع ومدعى عليه، وأن من رأى القول قول المشتري وذلك لأن البائع مقر للمشتري بالشراء ومدّع عليه عددا مّا في الثمن.

ولكن بتلف السلعة في يد المشتري، أصبح المشتري أقوى سبباً من البائع، لأنه لما دفع إليه السلعة ائتمنه عليه إذا لم يتوثق منه، فوجب أن يكون القول قوله[٥].

وبذلك فإنه بعد تلف المبيع بيد المشتري، يقبل قوله في ثمنها، باعتبار أنه لا يمكن الرجوع إلى الحالة التي كان عليها المبيع عند العقد، فلا معنى للتحالف، ثم إن المشتري قبضها وتلفت بيده بإذن، وبذلك فالقول قوله.

الفرع الثاني:

الاختلاف في المبيع:

فقد يكون الاختلاف في قدره أو في عينه.

---

(1) الزيلعي، نصب الراية، ج٤ ص١٠٦.

(2) الماوردي، الحاوي (٥، ٢٩٩).

(3) الشيرازي، المهذب (١، ٣٨٩).

(4) ابن رشد، بداية المجتهد ج٢ ص١٩٢ وما بعدها.

(5) عبد الوهاب، الاشراف ج٢ ص٥٧٤ وما بعدها.

أولاً: الاختلاف في قدر المبيع:

إذا اختلف المتابيعان في مقدار المبيع ولا بينة لأحدهما، بأن قال البائع: بعتك هذا الحصان بألف، فقال المشتري: بل هو الفرس بألف دينار، أو يقول البائع: بعتك عشرين كيلو غرام من القمح بكذا؛ فيقول المشتري: بل ثلاثين بالثمن نفسه.

فقد اختلف الفقهاء في حكم المسألة على قولين:

١- ذهب الحنفية[١] والمالكية[٢] والشافعية[٣] ورواية عند الحنابلة[٤] إلى أنهما يتحالفان. فهما قد اختلفا في أصل عوضي العقد، فيتحالفان كما لو اختلفا في الثمن.

ولفقهاء الحنفية تفصيلات في ذلك.

٢- وفي رواية أخرى عند الحنابلة[٥] أن القول قول البائع مع يمينه؛ لأن البائع ينكر القدر الزائد، فاختصت اليمين به كما لو اختلفا في أصل العقد، فكان القول قوله بيمينه.

وقد رد أصحاب القول الثاني على ما تم ذكره من تشابه المسألة مع الاختلاف في الثمن بأن البائع منكر للبيع في الثاني، وهو الفرس، والأصل عدمه، والبيع يتعدد بتعددالمبيع، فالمدّعي شراء عينين يدّعي عقدين، أنكر البائع أحدهما، بخلاف الاختلاف في الثمن[٦].

وقد ردّ أصحاب القول الأول على ذلك:

بأنه لم يجعل الاختلاف في قدر المبيع كمنكر العقد، لاتفاقهما على وقوع العقد في الجملة، فكان كاختلافهما في الثمن، لأنه اختلاف في أصل عوضي العقد[٧].

من تفصيلات المذهب الحنفي في المسألة:

أن التحالف قبل القبض على وفاق القياس، وأما بعد القبض فعلى خلافه، وهذا غير محصور على مسألة الاختلاف في الثمن، بل يشمل أيضاً الاختلاف في قدر المبيع، فإن

---

(1) الفتاوى الهندية (٤، ٣٧).

(2) حاشية الدسوقي (٣، ١٨٨)، حاشية الخرشي (٦، ٥١).

(3) النووي، روضة الطالبين (٣، ٢٣١)، الشربيني، مغني المحتاج (٢، ٩٥).

(4) ابن مفلح، الفروع (٤، ١٢٩).

(5) ابن قدامة، الكافي (٢، ٧٧)، ابن مفلح، المبدع(٤، ١١٢)، ابن النجار، منتهى الإرادات ٣٣٢/٢.

(6) البهوتي، كشاف القناع (٣، ٢٧٠).

(7) حاشية الدسوقي (٣، ١٨٨).

المشتري يدّعي قبل قبض البائع الثمن، زيادة المبيع، والبائع ينكره، وكذلك البائع يدّعي وجوب تسليم الثمن بما اعترف من المبيع، والمشتري ينكره، فكل منهما منكر فيحلف(١).

وأما بعد قبض البائع الثمن، فهنا البائع لا يدّعي على المشتري شيئاً، لأن الثمن سالم له، ولكن بقيت دعوى المشتري في زيادة المبيع والبائع ينكره، وقد بيَّن الزيلعي ذلك بقوله(٢): (وأن كان الاختلاف في أحدهما، فأحدهما يدّعي زيادة البدل والآخر ينكره، والمنكر منهما يدّعي وجوب تسليم المبدل على صاحبه عند تسليمه البدل والآخر ينكره، فصارا مدّعيين ومنكرين، فتقبل بينة كل واحد منهما لكونه مدّعياً، ويحلف كل واحد منهما لكونه منكراً، وهذا إذا كان قبل قبض أحد البدلين فظاهر وهو قياس، وإن كان بعده فمخالف للقياس؛ لأن القابض منها لا يدّعي شيئاً على صاحبه، وإنما ينكر ما ادّعاه الآخر، ولكن عرفناه بالنص (...تحالفا وترادا).

الرأي الراجح:

أن عقد البيع قائم على التراضي، ولما أنكر البائع القدر الزائد من المبيع فهنا لا يمكن الاكتفاء بيمينه؛ لأن في ذلك ضرراً على المشتري من أن يتم تنفيذ العقد على غير الصورة التي تم التعاقد عليها في نظره، فكان لا بد من التحالف وذلك لعلم كليهما المسبق من أنه بعد التحالف سيتم الفسخ، فإما أن يتراضيا أو يتم الفسخ، وبذلك لا ضرر على أحدهما في الحالتين، فالقول بالتحالف أقوى في إزالة الضرر.

ثانيا: الاختلاف في عين المبيع:

إذا اختلف البائع والمشتري في عين المبيع، بأن قال المشتري: بعتني هذا، وقال البائع: بل هذا، وأشار كلا منهما إلى مبيع مختلف ولا بينة لأحدهما.

١- ذهب الحنفية(٣) والمالكية(٤) والمعتمد عن الشافعية(٥) وقول عند الحنابلة(٦): إلى أنهما يتحالفان لأن كل واحد منهما يدّعي عقداً ينكره الآخر، وقيّد المالكية وذلك أن كان قبل

---

(1) زاده أفندي، تكملة شرح فتح القدير (٨، ٢١٨).

(2) الزيلعي، تبيين الحقائق (٥، ٣٤٩).

(3) السرخسي، المبسوط (١٣، ٤٤)، الزيلعي، تبيين الحقائق (٥، ٣٥١)، السمناني، روضة القضاة (١، ٣٥٥).

(4) حاشية الخرشي، (٦، ٥١)، ابن فرحون، تبصرة الحكام (١،٢٤٦).

(5) الشيرازي، المهذب (١، ٣٨٩).

(6) ابن قدامة، المغني (٤، ٢٩٠) والتي تليها، ابن مفلح، الفروع (٤، ١٢٢).

القبض

٢- وفي قول عند الحنابلة[١]: القول قول البائع، وهو مذهب المالكية[٢] إن كان بعد القبض.

٣- وفي قول عند الشافعية[٣]: لا يتحالفان[٤].

وقد استدل أصحاب القول الأول بما يلي:

١- حديث ابن مسعود: **(إذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا)**[٥].

وجه الدلالة:

أن التحالف شرع بالنص إذا وقع الاختلاف في الثمن أو المثمن إذا أمكن الفسخ بعد التحالف ليصل كل منهما إلى رأس ماله إذا لم يصل له ما ادّعى من قبل صاحبه[٦].

٢- أن كل واحد منهما يدّعي العقد في عين أخرى، فيحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه[٧].

واعتبر الفقهاء[٨] أن هذه المسألة في حكمها كما في اختلاف المتعاقدين في الثمن أو في قدر المبيع.

وأما تعليل القول الثاني:

فكأن من ذهب إلى القول في حكم المسألة بقول البائع مع يمينه، استدل بالحديث الشريف: (البينة على المدعي واليمين على من أنكر)[٩].

---

(1) الفروع (٤، ١٣٠).

(2) ابن فرحون، تبصرة الحكام (١، ٢٤٦).

(3) الشيرازي، المهذب (١، ٣٨٩).

(4) المصدر نفسه (١، ٣١٩).

(5) سبق تخريجه.

(6) الزيلعي، تبيين الحقائق (٥، ٣٥١).

(7) السرخسي، المبسوط (١٣، ٤٤).

(8) السمناني، روضة القضاة (١، ٣٥٥)، حاشية الخرشي (٦، ٥١)، الشيرازي، المهذب (١، ٣٨٩)، ابن قدامة، المغني (٤، ٢٩٠).

(9) سبق تخريجه.

فالمشتري يدّعي شراء مبيع معيّن، والبائع ينكر ذلك، فعلى المشتري إثبات دعواه ببيّنة، وإلا فيتوجه باليمين إلى البائع ويكون القول قوله، ولأن الأصل أنه من ضمان المبتاع، فلا يزال في ضمانه حتى يقر له البائع بالقبض أو تقوم له البينة[١].

إلا أن هناك اعتراضاً على ذلك:

فكل من البائع والمشتري منكر ومدع، فالمشتري ينكر شراء هذه العين، وكذلك البائع ينكر أنه باع المشتري غير هذه العين، فلا يمكن تطبيق القاعدة المستخلصة من الحديث الشريف –والله أعلم–.

تعليل القول الثالث:

أنهما لا يتحالفان، بل يحلف البائع أنه ما باعه ما يدّعيه المشتري، وكذلك المشتري يحلف أنه ما اشترى ما يدّعيه البائع؛ لأنهما اختلفا في أصل العقد، فكان القول فيه قول من ينكر[٢]، فأشبه ما لو ادّعى أحدهما على الآخر من غير عقد[٣].

المناقشة والترجيح:

حكم هذه المسألة لا يختلف عن حكم الاختلاف في الثمن؛ لأن الثمن والمبيع المقصودان من العقد، فالاختلاف في أحدهما يؤدي إلى التحالف حتى لو اتفقا على الآخر، وإن كان الاختلاف في الثمن يعني ادّعاء الزيادة من أحدهما، فإن الاختلاف في عين المبيع يعني ادّعاء مقصود آخر لأحدهما يغاير ما أظهره المتعاقد الآخر، فكان اللجوء إلى التحالف لعلم المتعاقد بأنه سيتم الفسخ إن لم يسبقه التراضي بينهما، وبذلك يتم تنفيذ العقد بناء على رضاهما أو يفسخ العقد لفوات المقصود من تنفيذه.

فالراجح ما ذهب إليه أصحاب القول الأول بالتحالف؛ لأن كل واحد منهما يدّعي عقداً ينكره الآخر –والله أعلم–.

التحالف:

أولاً: في حالة التحالف من الذي يبدأ باليمين:

تظهر أهمية من الذي يبدأ باليمين في حالة النكول، فإن ابتدئ البائع بيمينه مثلاً ثم نكل

---

(1) ابن فرحون، تبصرة الحكام (١، ٢٤٦).

(2) الشيرازي، المهذب (١، ٣٨٩).

(3) حاشية حلية العلماء، ص٣٣١.

المشتري ترتب على ذلك حكماً يختلف عما لو بدأ المشتري باليمين، وذلك في حالة الاختلاف في الثمن.

وقد سبق ذكر النكول وأثره.

وفي حالة التحالف بين البائع والمشتري، فقد اختلف الفقهاء فيمن يبدأ باليمين على ثلاثة أقوال:

١- في رواية للإمام أبي حنيفة وقول عند زفر من الحنفية[١]، والراجح عند المالكية[٢] والصحيح عند الشافعية[٣] وهو مذهب الحنابلة[٤].

إلى أنه يبدأ البائع باليمين، فيحلف على قوله، فإن شاء المشتري أخذه بما قاله البائع، وإلا يحلف المشتري على قوله.

٢- وفي رواية ثانية للإمام أبي حنيفة وقول أبي يوسف ومحمد[٥] وقول عند المالكية[٦]، والشافعية في قول[٧]: إن المشتري يبدأ باليمين.

٣- وذهب الشافعية في قول ثالث[٨]:

الحاكم يتخيّر فيمن يبدأ منهما، أو يقرع بينهما، لأنهما متساويان فكل واحد منهما مدّع ومدّعى عليه، وذلك لأن القرعة سبيل لحسم النزاع عند التشاح وهي رواية عن المالكية[٩].

وقد استدل كل قول بأدلة منها:

أدلة أصحاب القول الأول:

١- ما رواه ابن مسعود، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (إذا اختلف البيعان، فالقول

(1) السرخسي، المبسوط (٣، ٣٦) والتي تليها.

(2) ابن عرفة، حاشية الدسوقي (٣، ١٩١)، الصاوي، بلغة السالك (٣، ١٥٦).

(3) تكملة المجموع (١٢، ١١٥)، الشيرازي، المهذب (١، ٣٨٧).

(4) ابن قدامة، المغني (٤، ٢٨٨).

(5) السرخسي، المبسوط (١٣، ٣٦) وما بعدها، وذكر ابن الهمام في فتح القدير أن هذا القول هو الصحيح (٨، ٢١٩).

(6) القرافي، الذخيرة (٥، ٣٣٠)، ابن فرحون، تبصرة الحكام (١، ٢٤٥).

(7) تكملة المجموع (١٢، ١١٠)، الشيرازي، المهذب (١، ٣٨٧).

(8) تكملة المجموع (١٢، ١١٥)، الشربيني، مغني المحتاج (٢، ٩٦).

(9) القرافي، الذخيرة (٥، ٣٣٠)، المطيعي، تكملة المجموع (١٢، ١١٦).

ما قال البائع، والمبتاع بالخيار)[١].

وجه الدلالة:

أن الشرع جعل القول قول البائع، وهو يقتضي الاكتفاء، وإن كان لا يكتفي بيمينه فلا أقل من أن يبدأ بيمينه.

والمقصود من قوله والمبتاع بالخيار أي إن شاء أخذ المبيع بما قاله البائع وإن شاء حلف[٢].

٢- أنه يبدأ البائع لأن جانبه أقوى، فالمبيع سيعود إليه[٣] بعد الفسخ المترتب على التحالف، فكان أقوى كصاحب اليد، ولأن الأصل استصحاب ملكه، والمشتري يدّعي إخراجه بغير ما رضي به[٤].

٣- أنه يبدأ البائع لأن ملكه على الثمن قد تم بالعقد، وملك المشتري على المبيع لا يتم إلا بالقبض[٥].

٤- ولأن المقصود من الاستحلاف النكول، وبنكول البائع تنقطع المنازعة بنفسها، أما بنكول المشتري لا تنقطع المنازعة، ولكن يجبر على أداء ما ادعى من الثمن، واليمين تقطع المنازعة، فيبدأ بيمين من يكون نكوله أقرب إلى قطع المنازعة[٦].

أما أدلة أصحاب القول الثاني:

١- أن المشتري يبدأ باليمين، لأنه أظهرهما إنكاراً، لأن البائع يدّعي عليه زيادة في الثمن، والأصل براءة ذمته منها، واليمين على المنكر[٧].

إلا أن أصحاب القول الأول قد ردّوا على ذلك؛ بأن كل واحد منهما منكر من وجه، فيتساويان في هذا الأمر، والبائع إذا نكل فهو بمنزلة نكول المشتري يحلف الآخر ويُقضى له

---

(1) سبق تخريجه.

(2) السرخسي، المبسوط ج١٣ ص٣٦ وما تليها، المطيعي، تكملة المجموع (١٢، ١١٥).

(3) القرافي، الذخيرة (٥، ٣٣٠).

(4) الصاوي، بلغة السالك (٣، ١٥٦)، البقاعي، فيض الإله المالك (٢، ٤٨)، ابن قدامة، المغني (٤، ٢٨٨).

(5) البقاعي، فيض الإله المالك (٢، ٤٨).

(6) السرخسي، المبسوط ج١٣، ص٣٦ وما يليها.

(7) السرخسي، المبسوط، ج١٣، ص٣٦ وما يليها.

فهما سواء[1]، فكما أنه دليل في حق المشتري فهو دليل أيضاً في حق البائع[2].

٢- أنه يبتدئ بالمشتري لأن أول التسليمين على المشتري، وهو تسليم الثمن وأول اليمين عليه[3].

وكذلك لأن الثمن من جهته، وهو في جانب الثمن أقوى، ولاعتراف البائع بالعقد الناقل للملك[4].

١- في الابتداء بيمين المشتري فائدة النكول؛ لأنه لو بدى بيمين البائع تتأخر المطالبة بتسليم المبيع إلى زمان استيفاء الثمن[5].

وأما أصحاب القول الثالث فقالوا: فإن كلا منهما مدّع ومدّعى عليه، وبالتالي يتخيّر الحاكم أو يقرع بينهما.

وقد يعترض على هذا:

بأنه في حالة المقايضة -بيع عين بعين- يمكن التخيير لأنهما متساويان، وأما في حالة إذا كان المبيع معيناً والثمن في الذمة فيختلف الأمر[6].

سبب الاختلاف بين الفقهاء:

هو الحديث الشريف: (البينة على المدعي واليمين على المدّعى عليه)، وذلك لأنه يدل بعمومه على أن اليمين على المدعي عليه، والبينةعلى المدّعي من غير فرق بين أن يكون أحدهما بائعاً والآخر مشترياً أو لا.

وحديث ابن مسعود يدل على أن القول قول البائع مع يمينه، والبينة على المشتري من غير فرق بين أن يكون مدعياً أو مدعى عليه، فبين الحديثين عموم وخصوص من وجه، فيتعارضان باعتبار مادة الاتفاق، وهي حيث يكون البائع مدعياً وبذلك ينبغي الترجيح بحسب الأمور الخارجية[7] والمحيطة بالعقد.

---

(1) المطيعي، تكملة المجموع (١٢، ١١٥).

(2) فتح القدير (٨، ٢٢٠) والتي تليها.

(3) السرخسي، المبسوط (١٣، ٣٦) والتي تليها.

(4) القرافي، الذخيرة (٥، ٣٣٠).

(5) المطيعي، تكملة المجموع (١٢، ١١٦).

(6) النووي، روضة الطالبين (٣، ٢٣٥).

(7) المطيعي، تكملة المجموع (١٢، ١١٧).

إلا أن القول الأول فيه جانب من الوجاهة، فالاختلاف في الثمن جعل المشتري يدّعي ثمناً يغاير ما ادّعاه البائع، فالبائع يريد الزيادة على ذلك فكان الحلف أولاً للبائع ثم ينظر المشتري في الأمر، فإن كان لا يزال متمسكاً بالعقد، ورضي بما قال به البائع، وإلا فيحلف ويترتب على ذلك الفسخ.

ثانياً: أثر التحالف:

لا يخلو حال البائع والمشتري عند عرض الحلف عليهما من ثلاثة احتمالات:

الحالة الأولى: أن ينكل أحدهما ويحلف الآخر.

وعندها يلزم الناكل ما قاله صاحبه؛ لأن النكول بمنزلة الإقرار أو البذل[١].

وعند الحنفية يقضي بالنكول وحده، بخلاف جمهور الفقهاء –المالكية والشافعية والحنابلة– حيث يقضي بالنكول مع اليمين المردودة[٢].

الحالة الثانية إذا تحالفا: وجب الفسخ؛ لأنه لا يمكن إمضاء العقد مع التحالف، ولكن هل ينفسخ العقد بالتحالف نفسه، أم يكون الفسخ لكل واحد منهما بعد التحالف؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

١– الصحيح عند الحنفية[٣] والراجح عند المالكية[٤] وهو المنصوص عند الشافعية[٥] ومذهب الحنابلة[٦]؛ إلى أن العقد لا يفسخ بالتحالف نفسه؛ لأنه عقد صحيح، فلكل واحد منهما أن يرضى بالعقد على النحو الذي أراده صاحبه، ولكل واحد منهما أن يفسخ العقد.

٢– وذهب بعض الحنفية[٧] وسحنون من المالكية[٨] وهو وجه عند الشافعية[٩] إلى أن

(1) السرخسي، المبسوط، ج١٣ ص٣٧، الصاوي، بلغة السالك، ج٣ ص٣٤٤، زكريا، أسنى المطالب، ج٢ ص١٢٠، البهوتي، كشاف القناع، ج٣ ص٢٣٦.

(2) سبق بيان المسألة.

(3) حاشية ابن عابدين (٥، ٥٦٠)، ابن الهمام، رفع القدير (٨، ٢٢١).

(4) التسولي، البهجة، ج٢، ص١٤٢، اللصاوي، بلغة السالك (٣، ١٥٦)، القرافي، الذخيرة (٥، ٣٣١).

(5) الشيرازي، المهذب (١، ٣٨٨)، الشربيني، مغني المحتاج (٢، ٩٦).

(6) ابن قدامة، المغني (٤، ٢٨٨).

(7) الكاساني، بدائع الصنائع (٦، ٢٥٩).

(8) التسولي، البهجة (٢، ١٤٢)، القرافي، الذخيرة (٥، ٣٣١).

(9) الشيرازي، المهذب (١، ٣٨٨).

العقد ينفسخ بالتحالف نفسه.

ما استدل به اصحاب القول الأول:

١- أن العقد صحيح، فتنازعهما وتعارضهما لا يفسخه، ثم إن العقد قد وقع على ثمن معلوم، فلا ينفسخ بتحالفهما[1].

٢- أن البينة أقوى من اليمين، فلو أقام كل واحد منهما بينة على ما يدّعيه لم ينفسخ البيع، فلأن لا ينفسخ باليمين أولى[2].

٣- أن كل واحد منهما -البائع والمشتري- قصد بيمينه إثبات الملك، فلم يجز أن تكون موجبة لفسخ الملك، لأنهما ضدان[3].

إلا أن أصحاب هذا القول اختلفوا بماذا يكون الفسخ بعد التحالف، وهو ماسيتم بيانه لاحقاً.

وأما ما استدل به أصحاب القول الثاني:

١- أن الفسخ وقع بالتحالف، كالفسخ بين المتلاعنين[4]، لقوله صلى الله عليه وسلم: (تحالفا وترادّا)[5]، ويشترط أن يقع التحالف عند حاكم، فلو تحالفا بأنفسهما لم يكن لأيمانهما تأثير في فسخ ولا لزوم[6].

٢- أنه بالتحالف صار الثمن مجهولاً، والبيع لا يثبت مع جهالة العوض، فوجب أن يفسخ؛ بمعنى أن الثمن بعد التحالف صار متردداً بين ادعائي كل من المتبايعين مما يضفي عليه جهالة تخل بالعقد خللاً ينقضه؛ لأن الثمن حينئذ يصير مجهلاً لا مجهولاً؛ لأنه معلوم عندهما، ولكن اعتراه التجهيل باختلافهما عليه؛ ولأن الثمن عوض عن المبيع فلا يلبث العقد على جهالة الثمن[7].

---

(1) المطيعي، تكملة المجموع (١٢، ١١٧)، الشيرازي، المهذب (١، ٣٨٨)، ابن قدامة، المغني (٤، ٢٨٨).

(2) المطيعي، تكملة المجموع (١٢، ١١٧).

(3) الماوردي، الحاوي (٥، ٣٠٣).

(4) الشيرازي، المهذب (١، ٣٨٨)، الماوردي، الحاوي (٥، ٣٠٣).

(5) سبق تخريجه.

(6) الشربيني، مغني المحتاج (٢، ٩٦).

(7) المطيعي، تكملة المجموع (١٢، ١١٨).

وقد رد أصحاب القول الأول على ذلك:

بأن الثمن وقع صحيحاً، ولكنه خفي على الحاكم، وإنما يبطل العقد بالجهالة في الأمر[١] نفسه.

٣- ولأنهما إذا تحالفا لم يكن في بقاء العقد فائدة، فينفسخ[٢].

وتظهر فائدة الخلاف[٣] فيما لو رضي أحدهما قبل الحكم بإمضاء العقد بما قاله الآخر، فلو أراد أحدهما إمضاء البيع بما يقوله صاحبه فله ذلك من غير تجديد العقد، بناء على القول الأول.

وأما عند من قال ينفسخ بالتحالف نفسه، فلو أراد المشتري بعد التحالف أن يقبله بما قال البائع لم يجز إلا باستئناف عقد، وكذا لو أراد البائع أن يبذله بما قال المشتري، لم يجز إلا باستئناف عقد.

والراجح ما ذهب إليه أصحاب القول الأول؛ لأن العقد صحيح، فكان لكل واحد منهما أن يرضى بالعقد أو يفسخ.

الحالة الثالثة: أن ينكلا جميعاً:

أن ينكل كل من البائع والمشتري عن اليمين، ففي رواية عن المالكية[٤] وهو مذهب الشافعية[٥] يُفسخ كما إذا تحالفا وترادا[٦].

وفي قول للشافعية[٧] وُقف أمرهما وكأنهما تركا الخصومة إلا أن الأقرب عندهم أنه كتحالفهما.

وأما الحنابلة[٨] فإن نكلا صرَفهما الحاكم.

---

(1) القرافي،الذخيرة ج٥ ص٣٣١ وما بعدها.

(2) الكاساني، بدائع الصنائع (٦، ٢٥٩).

(3) ابن فرحون، تبصرة الحكام (١، ٢٤٦)، الصاوي، بلغة السالك (١٥٦،٣).

(4) ابن فرحون، تبصرة الحكام ج١ ص٣٧٥، ابن رشد، بداية المجتهد، ج٢ ص١٩٣.

(5) زكريا، أسنى المطالب، ج٢، ص١٢٠.

(6) الإمام مالك، المدونة، ج٥ ص١٤٩٨.

(7) زكريا، أسنى المطالب، ج٢، ص١٢٠.

(8) البهوتي، كشاف القناع، ج٣ ص٢٣٦.

ولم أجد عند الحنفية الحكم إلا أن الحنفية بمجرد نكول أحدهما يُقضى للآخر بنكول الأول[1]، وبذلك لا يمكن أن ينكلا جميعاً عندهم.

والراجح ما ذهب إليه المالكية والشافعية من أن نكولهما كتحالفهما وذلك لقطع المنازعة بينهما، فيُفسخ لرفع الضرر -والله أعلم-.

ثالثاً: صفة اليمين:

أن يحلف بالله ما بعته بكذا، ويحلف المشتري ما اشتريته بكذا.

هذا عند الحنفية[2] والمالكية[3].

وأما عند الشافعية[4] والحنابلة[5] فيجمع بين النفي والإثبات، فيحلف بالله ما بعته بكذا وإنما بعته بكذا، فالنفي لما إدّعي عليه والإثبات لما إدّعاه.

ولعل ما ذهب إليه الحنفية والمالكية هو الأصوب، لما في ذلك من العدل بأن يحلف على قوله لا على ما يدّعيه غيره.

رابعاً: بماذا يتم الفسخ؟

هل يفسخ العقد بإرادة الطرفين، أم يحتاج إلى حكم؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

١- ذهب بعض الحنفية[6] والمالكية[7] ووجه عند الشافعية[8].

إلى أن القاضي يفسخ البيع بطلبهما أو بطلب أحدهما.

(1) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٤، ص٣١١.

(2) البابرتي، العناية، ج٨ ص٢٠٩.

(3) الإمام مالك، المدونة، ج٥ ص١٤٩٨.

(4) الشربيني، مغني المحتاج، ج٢ ص٥١٠.

(5) الرحيباني، شرح منتهى الإرادات، ج٢ ص٥٦.

(6) الكاساني، بدائع الصنائع، (٦، ٩٦).

(7) ابن فرحون، تبصرة الحكام (١، ٢٤٦).

(8) الشربيني، مغني المحتاج (٢، ٩٦).

٢- وذهب بعض الحنفية[١] والشافعية في وجه[٢] والحنابلة في المشهور[٣] إلى أنه يفسخ بإرادتهما، ولا يحتاج إلى حكم.

وقد علّل أصحاب القول الأول ما ذهبوا إليه:

إن العقد صحيح وأحدهما ظالم، فيفسخه الحاكم لأنه مجتهد فيه[٤]، ولتعذر إمضائه في الحكم. فأشبه نكاح المرأة إذا زوجها الوليان وجهل السابق منهما[٥].

وقد ردَّ أصحاب القول الثاني على هذا:

بأن الفسخ لاستدراك الظلامة، فصح من المتبايعين[٦] فهو أشبه بالرد بالعيب ولا يشبه النكاح، فلكل واحد من الزوجين الاستقلال بالطلاق[٧].

وقد علَّل أصحاب القول الثاني ما ذهبوا إليه:

بقوله صلى الله عليه وسلم: (أو يترادّان البيع)[٨]، فظاهره استقلالهما بذلك، حيث جعل الخيار لهما، فأشبه بخيار الشرط أو الرد بالعيب[٩].

ففسخ القاضي ليس بشرط، حتى لو فسخاه انفسخ؛ لأن الحق لهما[١٠]، كما أن لكل واحد منهما فسخة اعتباراً بفسخ العيوب التي تكون موقوفة على التعاقد دون غيرهما[١١].

ولكن هل ينفسخ العقد ظاهراً وباطناً؟

اختلف الفقهاء في فسخ العقد، هل ينفسخ ظاهراً وباطناً؟ بمعنى أنه هل يحق لمن ردت له السلع نتيجة الفسخ، التصرف فيها بجميع أنواع التصرفات أم لا يحق له ذلك؟

---

(1) حاشية ابن عابدين (٧، ٤٩٣).
(2) الشيرازي، المهذب (١، ٣٨٨).
(3) ابن قدامة، المغني (٤، ٢٨٨).
(4) الشيرازي، المهذب (١، ٣٨٨).
(5) ابن قدامة، المغني (٤، ٢٨٨).
(6) الشيرازي، المهذب (١، ٣٨٨).
(7) ابن قدامة، المغني (٤، ٢٨٨).
(8) سبق تخريجه.
(9) ابن قدامة، المغني (٤، ٢٨٩).
(10) حاشية ابن عابدين (٧، ٤٩٣).
(11) الماوردي، الحاوي (٥، ٣٠٣).

اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال:

١- عند أبي حنيفة[١] الراجح عند المالكية[٢] والراجح عند الشافعية[٣] والظاهر عند الحنابلة[٤]:

إلى أن ينفسخ ظاهراً وباطناً، كالإقالة.

ومن الشافعية والحنابلة من قيّد ذلك بأنه أن كان البائع مظلوماً.

٢- أنه ينفسخ في الظاهر دون الباطن وهو رواية عند المالكية[٥] ووجه عند الشافعية[٦] وقول أبو يوسف من الحنفية[٧] ومن الشافعية والحنابلة من قيَّد ذلك بأنه إن كان البائع هو الظالم.

٣- الراجح عند الحنابلة[٨]:

أنه إن فسخه الصادق منهما انفسخ ظاهراً وباطناً، وإلا فالكاذب لم ينفسخ بالنسبة إليه.

وقد علّل أصحاب القول الأول ذلك:

أنه فسخ بيع لاستدراك الظلامة، فصح ظاهراً وباطناً كالرد بالعيب، أو فسخ عقد بالتحالف فوقع في الظاهر والباطن كالفسخ باللعان[٩].

أما أصحاب القول الثاني فقد عللوا ذلك:

بأن سبب الفسخ هو الجهل بالثمن، والثمن معلوم في الباطن مجهول في الظاهر، فلما اختصت الجهالة بالظاهر دون الباطن، اختص البطلان بالظاهر دون الباطن[١٠].

---

(1) السمناني، روضة القضاة، ج١ ص٣٧٥.
(2) التسولي، البهجة (٢، ٤٣)، القرافي، الذخيرة (٥، ٣٣٢).
(3) الشربيني، مغني المحتاج، (٢، ٩٦).
(4) ابن قدامة، المغني، (٤، ٢٨٩).
(5) التسولي، البهجة (٢، ١٤٣).
(6) الشيرازي، المهذب، (١، ٣٨٨).
(7) السمناني، روضة القضاة، ج١، ص٣٧٥.
(8) ابن قدامة، المغني، (٤، ٢٨٩).
(9) المصدر نفسه (٤، ٢٨٩).
(10) الشيرازي، المهذب (١، ٣٨٨)، السمناني، روضة القضاة، ج١ ص٣٧٥.

وقد رد الحنابلة على هذا التعليل:

أنه لا ينفسخ في الباطن بحاله، وهذا فاسد؛ لأنه لو علم أنه لم ينفسخ في الباطن بحـــال، أمكن فسخه في الظاهر، فإنه لا يباح لكل منهما التصرف فيما رجع إليه بالفسخ، ومتى علـــم أن ذلك محرم منه.

ولأن الشارع جعل للمظلوم منهما الفسخ ظاهراً وباطناً، فانفسخ بفسخه في الباطن كالرد بالعيب[١].

وقد ردّ أصحاب القول الثاني على ذلك:

بأنهما يتفقان مع الاختلاف على صحة العقد وانتقال الملك، وحكم الحاكم لا يحيل الأمور عما هي عليه في الباطن[٢].

تعليل أصحاب القول الثالث:

أنه إن كان البائع هو الظالم وقع الفسخ في الظاهر دون الباطن، لأنه كان يمكنه إمضاء العقد واستيفاء حقه، فلا ينفسخ العقد في الباطن فلا يباح له التصرف في المبيع لأنه غاصب.

ولأنه يمكنه أن يصدق المشتري، ويأخذ منه الثمن ويسلم إليه المبيع، فإذا لم يفعل كـــان ممتنعاً من تسليم المبيع بظلم، فلم ينفسخ البيع.

وأما إن كان مظلوماً فانفسخ البيع في الظاهر والباطن؛ لأنه تعذر عليه أخذ الثمن، ووجد عين ماله، فجاز له أن يفسخ ويأخذ عن ماله، كما لو أفلس المشتري ووجد البائع عين ماله[٣].

ويظهر أن ما ذهب إليه أصحاب القول الثاني فيه من العدل وإقرار الحق، لأن القضاء، وإن كان بأدلة واضحة إلا أنه قد يتحايل المرء وهو يعلم في حقيقة نفسه إن كان ما اكتسبه حقاً أم لا، فينفسخ في الظاهر دون الباطن إن كان أحدهما ظالماً –والله أعلم–.

خامساً: أثر الفسخ:

بعد أن تم التحالف يفسخ العقد، ولكن ما الآثار التي تترتب على فسخ عقد البيع؟

يختلف الحكم بحسب إن كان المبيع قائماً أو هالكاً، وهل طرأت عليه زيادة أم لا.

أ– إذا كان المبيع قائماً:

---

(1) ابن قدامة، المغني (٤، ٢٨٩).

(2) الماوردي، الحاوي (٥، ٣٠٣).

(3) ابن قدامة، المغني (٤، ٢٨٩).

فلا خلاف بين فقهاء الحنفية[١] والمالكية[٢] والشافعية[٣] والحنابلة[٤] على أنه يعود إلى كل واحد منهما رأسماله، لأن العقد إذا ارتفع رجع كل منهما إلى ما كان عليه[٥].

ب- وأما إذا كان المبيع هالكاً أو فائتاً:

عند الحنفية: تقدم أنهم يجعلون القول قول المشتري ولا يتحالفان هذا إذا كان الثمن ديناً أي ثابتاً في الذمة بأن كان من الدراهم أو الدنانير أو المكيلات أو الموزونات الموصوفة في الذمة، أما إن كان عقد مقايضة وهلك أحد العوضين يتحالفان بالاتفاق، لأن المبيع في أحد الجانبين قائم[٦].

ولكن اختلف الفقهاء بوجوب القيمة بعد الهلاك، هل تجب يوم البيع أو يوم الفوات؟ عند الحنفية: يرد مثل الهالك إن كان له مثل أو قيمة إن لم يكن لها مثل[٧]، وتكون قيمته بحسب يوم القبض[٨].

١- عند المالكية[٩]:

ردت القيمة يوم البيع، وأما لو كان الفوات بحوالة السوق تقاصا إذا ساوت القيمة الثمن، وأما لو زاد أحدهما رجع صاحب الزيادة على صاحبه.

٢- وأما الشافعية[١٠]:

إذا هلك المبيع لزمت قيمته يوم التلف في أظهر الأحوال.

وعلل ذلك بأن مورد الفسخ العين، والقيمة يدل عنها، فلتعبر عن فوات أصلها.

وهناك ثلاثة أقوال للشافعية[١١] غير ما سبق:

---

(1) ابن الهمام، فتح القدير (٨، ٢٢٨).

(2) الصاوي، بلغة السالك (٣،١٥٥).

(3) الشربيني، مغني المحتاج (٢، ٩٧).

(4) المرداوي، والإنصاف (٤، ٤٤٨).

(5) ابن مفلح، المبدع (٤، ١٢٢).

(6) لأنه توفر فائدة الفسخ وهو الترادّ، فيرد القائم ثم يرد مثل الهالك، ابن الهمام، فتح القدير (١، ٢٨٨).

(7) المصدر نفسه.

(8) قياساً على البيع الفاسد، حاشية ابن عابدين، ج٥ ص٩٩.

(9) الصاوي، بلغة السالك (٣، ١٥٥).

(10) الشربيني، مغني المحتاج (٢، ٩٧)؛ النووي، روضة الطالبين (٣، ٢٣٧).

(11) الشربيني، مغني المحتاج (٢، ٩٧)؛ النووي، روضة الطالبين (٣، ٢٣٧).

١- إن القيمة يوم القبض؛ لأنه قيمة دخوله في ضمانه.

٢- أقل القيمتين، يوم العقد ويوم القبض.

٣- أعلى القيم من يوم القبض إلى قيمة يوم التلف؛ لأن يده يد ضمان فتعتبر أعلى القيم.

وأما عند من قال من الحنابلة[١] بالتحالف فإن لم تكن باقية فمثلها، فإن لم تكن مثليه فقيمتها بحسب يوم التلف[٢].

وفي هذه المسألة، قد تم ترجيح أنه بعد هلاك السلعة، فإن القول قول المشتري، وبذلك فاختلافهما في الثمن بعد هلاك السلعة على المشتري دفع الثمن للبائع، بحسب ما يقوله المشتري، لأن الهلاك من قبل المشتري نوع من التصرف في المبيع، فكان أقوى سبباً من البائع، ولا بينة للبائع فيكون بحسب الحديث الشريف: (البينة على المدّعي واليمين على من أنكر) -والله أعلم-.

حكم الزيادة:

إذا اختلف المتبايعان وقد زاد المبيع بعد القبض وقبل الفسخ، فإن أثر ذلك؟

اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال:

١- ذهب الإمام أبو حنفية وأبو يوسف[٣] والإمام مالك[٤].

إلى أنه إذا زادت السلعة فلا تحالف، والقول للمشتري بيمينه.

وقيّد الإمام مالك ذلك بأن لا يأتي بما لا يشبه من الثمن[٥].

٢- وذهب محمد بن الحنفية إلى أنه[٦] إذا كانت الزيادة متصلة وغير متولدة في المبيع كالصبغ في الثوب فإنهما يتفاسخان على القيمة أو على المثل،وكذلك الحكم إذا كانت الزيادة منفصلة متولدة من المبيع.

أما إذا كانت الزيادة منفصلة غير متولدة من المبيع لا تمنع التحالف ويفسخ العقد على المبيع.

---

(1) المرداوي، الإنصاف (٤، ٤٤٨).

(2) قياساً على البيع الفاسد، الرحيباني، مطالب أولى النهى، ج٣، ص٨٢.

(3) السرخسي، المبسوط (٧، ٣٣).

(4) الإمام مالك، المدونةج٥ ص١٦٦٨.

(5) المصدر نفسه (٣، ٤٠٥).

(6) السرخسي، المبسوط (٧، ٣٣ – ٣٤).

٣- وأما الشافعية[١]:

إذا كان المبيع قائماً رد بزوائده المتصلة لا المنفصلة؛ لأن الفسخ يرفع العقد من حينه لا من أصله، فتكون الزوائد المنفصلة للمشتري؛ لأنه كان ملكاً له حين استغله وإنما زال ملكه عنه بما حدث من الفسخ.

تفصيل المسألة:

سبب الخلاف بين فقهاء الحنفية في أن الزيادة المتصلة هل لها أثر في عقود المعاوضات؟

- عند الإمام محمد:- لا أثر للزيادة المتصلة في عقود المعاوضات.

- وعند الإمام أبو حنيفة وأبو يوسف: فإن الزيادة المتصلة تمنع الفسخ، وبالتالي إذا تعذر الفسخ امتنع التحالف؛ لأنه لا يفسخ العقد إلا فيما ورد عليه العقد، والزيادة الحادثة بعد القبض لم يرد عليها القبض، ولا القبض المستحق بالعقد، فلا يمكن فسخ العقد منها، فيمتنع الفسخ في الأصل لأجلها، كالموهوبة إذا زادت خيراً لا يملك الواهب الرجوع فيها بعد ذلك، فالزيادة لا تنفصل عن الأصل[٢].

وأما في حالة الزيادة المتصلة غير متولدة في الأصل[٣]:

فالإمام محمد يفسخ العقد على القيمة أو المثل؛ لأن هذه الزيادة ليست في عين المعقود وعليه، فلا يثبت فيها حكم العقد.

وأما في حالة الزيادة المنفصلة المتولدة من العين كالشاة إذا ولدت فعند الإمام محمد يفسخ العقد على القيمة؛ لأن الزيادة المنفصلة من العين تمنع الفسخ بالرد في العيب عنده، فكذلك بالتحالف.

وإن كانت الزيادة المنفصلة غير متولدة كالكسب والغلة، فإنها لا تمنع التحالف وفسخ العقد على العين بالاتفاق، كما لا يمنع الفسخ بالإقالة والرد بالعيب.

وأما الشافعية[٤]:

---

(1) الماوردي، الحاوي الكبير، ج٥ ص٣٠٤.

(2) السرخسي، المبسوط (٧، ٣٣ – ٣٤).

(3) السرخسي، المبسوط (١٣، ٤٠ – ٤١).

(4) الشربيني، مغني المحتاج (٢، ٩٧).

فإنه بعد التحالف والفسخ، على المشتري رد المبيع بزوائده المتصلة؛ لأنها تابعة للأصل دون المنفصلة كالثمرة والكسب قبل الفسخ، ولو قبل القبض؛ لأن الفسخ يرفع العقد في حينـــه لا من أصله.

ونجد أن رأي الإمام أبا حنيفة فيه من الوجاهة، حيث كان المبيع من ضمان المشـــتري، فما زاد من المبيع منع التحالف والفسخ، فيكون القول فيه قول المشتري، لأنها زيادة لا يستحقها البائع وبالتالي لا ترادّ بينهما في ذلك، وتكون الزيادة للمشتري لأنها وُجِدَت والمبيع من ضمانه –والله أعلم–.

المطلب الثاني

اختلاف المتعاقدين في محل عقد الإجارة

عقد الإجارة من العقود التي يكثر فيها التعامل بين الناس؛ لما فيها من تبادل منافع حمّة بينهم، كما في استئجار دار لتحصيل منفعة السكن فيها، أو استئجار واسطة نقل لحمل البضائع أو نقل الأشخاص من مكان إلى مكان آخر، أو استئجار صانع لأداء صنعة ما ونحو ذلك وبما يعود على المؤجر بالمال والنفع، إلا أن هذا التعاقد قد يشوبه اختلاف بين طرفي العقد، فقد يختلفان في مقدار البدل، كأن يدعي انه استأجر البيت بمائة دينار، ويدعي المؤجر انه بمائة وعشرين دينارا، أو قد يختلفان في نوع المنفعة المراد تحصيلها أو في العين المستأجرة، بان يدعي المستأجر انه استأجر البيت والبستان، بينما يدعي المؤجر أن الأجرة للبيت فقط.

فإن أقام كل واحد منهما بيّنة على صدق دعواه، فعند الحنفية [1] بيّنة المؤجر أولى إن كان الاختلاف في الأجرة، وأما إن كان الاختلاف في المنفعة فبيّنة المستأجر أولى.

وأما إن كان الاختلاف فيهما فبيّنة المؤجر أولى في الأجرة وبيّنة المستأجر أولى في المنفعة؛ لأن البيّنة للإثبات، فما كان أكثر إثباتاً كان أولى.

وأما المالكية[2] فيُقضى بأعدل البينتين وإلا سقطتا وصارا كمن لا بيّنة.

(1) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٤ ص٣١١.

(2) حاشية الخرشي، ج٧ ص٥٩، التاج والإكليل، ج٧، ص٥٩٠.

وعند الشافعية[١] وهو الصحيح عند الحنابلة[٢] أنهما تتعارضان فتتساقطان فيُقضى كمن لا بيّنة لأحدهما.

وفي قول الحنابلة[٣] تقدّم بينة مدّعي الزيادة.

وقد يحدث هذا الاختلاف قبل استيفاء المنافع، أو بعد استيفاء بعض منها أو كلها.

فما حكم المسألة في ذلك؟

قبل بيان حكم المسألة لا بد من بيان محل عقد الإجارة عند الفقهاء.

فمحل عقد الإجارة[٤]: يتضمن:

١- منفعة العين المؤجرة.

٢- الأجرة.

تفصيل آراء الفقهاء:

عند الحنفية[٥]: المعقود عليه (المحل) في الإجارة مطلقاً هو المنفعة وهي ترد على أمرين:

١- نوع يرد على منافع الأعيان:

كاستئجار الدور والأراضي والدواب والثياب وما أشبه ذلك.

٢- ونوع يرد على العمل:

كاستئجار المحترفين للأعمال كالخياطة وما أشبه ذلك.

وعند المالكية[٦] والشافعية[٧]:

فالإجارة قسمان:

---

(1) زكريا، أسنى المطالب، ج٤ ص٤١٤، الشافعي، الأم، ج٦ ص٢٤٨.

(2) ابن مفلح، الفروع، ج٦ ص٥٣٩.

(3) المصدر نفسه.

(4) الموسوعة الفقهية (١، ٢٥٢).

(5) الشيخ نظام، الفتاوي الهندية (٤، ٤٦٢).

(6) الآبي، جواهر الإكليل (٢، ٢٧٦). ولفظ الكراء والإجارة تدل على نفس المعنى، حاشية الدسوقي (٤، ٢).

(7) حاشية القليوبي (٣، ١٠٣ وما تليها)، النووي، روضة الطالبين (٤، ٢٤٨).

١- قسم يرد على العين: كمن استأجر دابة بعينها ليركبها أو يحمل عليها أو استأجر شخصاً بعينه لخياطة ثوب أو بناء حائط.

٢- وقسم يرد على الذمة: كمن استأجر دابة موصوفة للركوب أو الحمل أو قال: ألزمت ذمتك خياطة هذا الثوب أو بناء الحائط.

ويشترط في إجارة الذمة تسليم الأجرة في المجلس[١] أو الشروع في العمل[٢].

قال ابن رشد: الإجارة على عمل معين كنسج الغزل أن كان مضمونا في الذمة فلا تجوز إلا بتعجيل الأجر أو الشرع، وان تأخرا كان الدين بالدين فلا تجوز إلا بتعجيل الطرفين أو أحدهما[٣].

وأما عند الحنابلة[٤]:

فالإجارة على نوعين:

١- إجارة عين، وله صورتان:

أ- أن تكون على مدة كإجارة الدار شهراً، أو إجارة الآدمي للخدمة أو للخياطة أو للرعي مدة معينة.

ويشترط فيها أن تكون المدة معلومة؛ لأن المدة هي الضابطة للمعقود عليه المعرفة لها، وكذلك أن يغلب على الظن بقاء العين فيها وإن طالت.

ب- أن تكون لعمل معلوم:

كإجارة دابة معينة أو موصوفة في الذمة للركوب إلى موضع معين أو يحمل عليها شيئا معلوما إلى محل معين.

ويشترط فيها معرفة العمل وضبط حتى لا يكون مجهولاً؛ لأن العمل هو المعقود عليه.

٢- النوع الثاني[٥]: إجارة على منفعة في الذمة في شيء معين أو موصوف مضبوط بصفات.

---

(1) حاشية القليوبي (٣، ١٠٤).

(2) الآبي، جواهر الإكليل (٢، ٢٧٦).

(3) المصدر نفسه (٢، ٢٧٦).

(4) البهوتي، كشاف القناع (٣، ٥٥٢).

(5) المصدر نفسه (٢، ٢٧٦).

ويشترط تقديرها بعمل أو مدة، كخياطة ثوب أو بناء دار أو حمل إلى موضع معين ليحصل العلم بالمعقود عليه.

ولكن لا يجوز أن يكون الأجير المشترك؛ لأنه يتقبل أعمالاً لجماعة فتكون منفعته مشتركة بينهم[١].

أولاً: الاختلاف قبل استيفاء المنفعة:

إذا حدث خلاف بين المتعاقدين في عقد الإجارة، ولم يكن المستأجر قد نال شيئاً من المنفعة، كأن استأجر أحدهما بيتاً ثم حدث خلاف في مقدار الأجرة أو في مساحة البيت المستأجر قبل سكن المستأجر فيه وغير ذلك ولا بينة لأحدهما في ذلك.

فقد ذهب الحنفية[٢] والمالكية[٣] والشافعية[٤] والحنابلة[٥]:

إلا أنهما يتحالفان ويفسخ العقد.

فإن رضي أحدهما بما حلف عليه الآخر أقر العقد؛ لأنه عقد معاوضة فأشبه البيع.

وقد بني هذا الحكم على عدة أدلة منها:

١- قوله صلى الله عليه وسلم: (إذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا)[٦].

وجه الدلالة:

إن الإجارة نوع بيع فيتناولها.

وحتى في الرواية الأخرى وهي قوله صلى الله عليه وسلم (والسلعة قائمة بعينها) فالرواية تتناول بعض أنواع الإجارة وهو ما إذا باع عيناً بمنفعة واختلفا فيها، وإذا ثبت التحالف في نوع بالحديث يثبت في الأنواع كلها بنتيجة الإجماع؛ لأن أحداً لا يفصل بينهما[٧].

---

(1) الشيخ نظام، الفتاوي الهندية (٤،٣٩)، ابن نجيم، البحر الرائق (٧،٣٨٠)

(2) الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، ج٤ ص٣٩، ابن نجيم، البحر الرائق، ج٧ ص٣٨٠.

(3) ورد في المدونة القول قول رب الدار ويتحالفان، وهذا مثل البيوع، الإمام مالك، المدونة، ج٥ ص١٧٧٥.

(4) الشيرازي، المهذب (١،٥٣٦).

(5) أبو النجا، الإقناع (٣،٥٣٦).

(6) سبق تخريجه.

(7) الكاساني، بدائع الصنائع (٤،٢١٨).

وبالنسبة لفقهاء الحنيفة فإن التحالف في البيع قبل القبض على وفق القياس، والإجارة قبل الاستيفاء نظيره[1]، فكل واحد منهما مدع على صاحبه ومنكر لما يدعيه صاحبه، ومن حيث أنهما يحتملان الفسخ وهما عقد معاوضة[2].

إلا أنه قد يعترض على فقهاء الحنفية بأن قيام المعقود عليه شرط للتحالف عندهم، والمنفعة معدومة، فوجب أن لا يجري فيها التحالف.

وقد أجيب على هذا الاعتراض بأنه في المعدوم يجري التحالف كما في السلم، ولأن العين المستأجرة أقيمت مقام المنفعة في حق إيراد العقد عليها فصارت كأنها قائمة[3].

٢- ولأن التحالف قبل استيفاء المنفعة موافق للأصول، حيث من أصول الشرع أن اليمين على المنكر، فكل واحد منهما منكر من وجه ومدع من وجه؛ لأن المؤجر يدعي على المستأجر زيادة الأجرة، والمستأجر منكر، والمستأجر يدعي على المؤجر وجوب تسليم المنفعة بما يدعي من الأجرة، والمؤجر ينكر، فكان كل واحد منهما منكرا من وجه، واليمين وظيفة المنكر في أصول الشرع، ولهذا جرى التحالف[4].

وهذه المسألة لا خلاف بين الفقهاء في حكمها، فانه قبل استيفاء المنفعة يتحالفان، وإلا فيرضى أحدهما بما ادعاه الآخر لعلمه أنه بعد التحالف سيترتب الفسخ.

وان وقع الاختلاف في الأجرة، بدأ بيمين المستأجر، وأما إن وقع في المنفعة بدأ بيمين المؤجر، وأيهما نكل لزمته دعوى صاحبه، وأيهما أقام البينة قبلت بينته[5].

ثانياً: الاختلاف بعد الاستيفاء:

وأما إن كان اختلافهما –المؤجر والمستأجر– وبعدما استوفى المستأجر بعض المنفعة، بأن سكن الدار المستأجرة بعض المدة ثم اختلفا، في قيمة الأجرة ولا بينة لأحدهما.

أو اختلفا بعد مضي وقت الإجارة، بأن كانت الإجارة للوصول إلى مكان ما باستخدام إحدى وسائل النقل وقد بلغ المستأجر المسافة التي استأجر إليها ثم حدث خلاف حول الأجرة.

---

(1) ابن نجيم، البحر الرائق (٧،٣٨٠).

(2) الزيلعي، تبيين الحقائق (٥،٣٥٩).

(3) ابن نجيم، البحر الرائق ج٧ ص٣٨٠، الزيلعي، تبيين الحقائق (٥/٣٥٩).

(4) الكاساني، بدائع الصنائع ج٤ ص٢١٨.

(5) الشيخ نظام، الفتاوي الهندية ج٤ ص٣٩.

فقد اختلف الفقهاء في حكم ذلك على قولين:

١- ذهب الحنفية[١] إلى أنه إن كان الاختلاف بعد استيفاء بعض المنفعة فالقول قول المستأجر فيما مضى مع يمينه ويتحالفان، ثم تفسخ الإجارة فيما بقي وإن كان الخلاف بعد استيفاء المنفعة فلا تحالف، والقول قول المستأجر في مقدار البدل مع يمينه.

٢- وذهب المالكية[٢] والشافعية[٣] والحنابلة[٤] إلى انه في الحالتين يتحالفان وينفسخ العقد بينهما وتسقط الأجرة المسماة بينهما ويجب اجر المثل؛ وذلك لأن الإجارة نوع من البيع، فيتحالفان عند اختلافهما في عوضها كالبيع، كما لو اختلفا في المبيع بعد تلفه[٥].

بيان رأي الحنفية[٦]:

عند الحنفية إذا اختلفا بعد الاستيفاء فلا تحالف، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف ظاهر؛ لأن هلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما.

وكذلك على أصل محمد لأن الهلاك إنما يمنع عنده من المبيع لما أن له قيمة تقوم مقامه فيتحالفان عليها.

ولكن لو جرى التحالف هاهنا وفسخ العقد، فلا قيمة، لأن المنافع لا تقوم بنفسها بل بالعقد، وتبين أنه لا عقد، فإذا امتنع التحالف كان القول قول المستأجر لأنه هو المنكر، ولا يمين على المؤجر.

وإذا تم استيفاء بعض المنافع وبقي البعض، يعتبر كل واحد منهما بالكل، حتى يمتنع التحالف في المستوفى، ويكون القول فيه قول المستأجر كما لو استوفى الكل، ويجري التحالف في الباقي ويفسخ العقد فيه كما إذا لم يستوفِ شيئا وهذا بالإجماع[٧].

---

(1) الكاساني، بدائع الصنائع (٤ ،٢١٩)، الفتاوي الهندية (٤، ٣٩).

(2) المدونة الكبرى (٣، ٥٢٩)، القرافي، الذخيرة (٥، ٤٥٥).

(3) ابن الفرا، التهذيب (٤، ٤٧٠).

(4) أبو النجا، الإقناع (٣، ٥٣٦).

(5) تكملة المجموع (١٥، ٢٥٧)، الإمام مالك، المدونة ج٥ ص١٧٧٦، البهوتي، كشاف القناع (٤، ٣٩).

(6) الزيلعي، تبيين الحقائق (٥/٣٦٠)، ابن نجيم، البحر الرائق (٧،٣٨١).

(7) ابن نجيم، البحر الرائق (٦،٣٨١).

وعند أبي يوسف[1] فان هلاك بعض المبيع يكون التحالف فيه عنده يتقدر بقدر الباقي فكذا هنا.

والفرق لأبي حنيفة[2] حيث أن العقد في الإجارة ينعقد ساعة فساعة على حساب حدوث المنافع، فيصير كل جزء من المنافع كالمعقود عليه عقدا مبتدأ على حدة، فلا يلزم من تعذر التحالف في الماضي التعذر فيما بقي، إذ هما في حكم عقدين مختلفين، فيتحالفان فيه بخلاف ما إذا هلك بعض المبيع حيث يمتنع التحالف فيه عنده في الكل؛ لأنه عقد واحد، فإذا امتنع في البعض امتنع في الكل ضرورة كيلا يؤدي إلى تفريق الصفقة على البائع.

ونجد أن رأي الجمهور بالتحالف له جانب من الصواب، فيكون المؤجر على علم بأنهما إن حلفا فسخ العقد، فإما أن يتراضيا وإما أن يتحالفا ويفسخ العقد فتسقط الأجرة المسماة، ويجب أجر المثل.

من مسائل الإجارة:

لو اختلف الخياط مع صاحب ثوب مثلا، بأن ادعى صاحب الثوب أنه أمره أن يخيط له عباءة، وادعى الخياط أنه أمره أن يقطعه قميصاً، أو قال للصباغ أمرتك أن تصبغه أحمر فصبغته اصفر، وقال الصباغ بل أمرتني أصفر.

اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال:

١- ذهب الحنفية[3] والمزني من الشافعية[4]:

إلى أن القول لصاحب الثوب مع يمينه، والخياط يضمن قيمة الثوب، ولكن إن شاء صاحب الثوب أن يأخذه، عليه أن يعطي الخياط أجرة المثل.

٢- وذهب الإمام الشافعي[5] إلى انهما يتحالفان.

---

(1) الزيلعي، تبيين الحقائق (٣٦٠/٥).

(2) الزيلعي، تبيين (٣٦٠/٥)، ابن نجيم، البحر الرائق (٧،٣٨١)، الكاساني، بدائع الصنائع (٤،٢١٩).

(3) العيني، البناية (١٠،٣٣٧).

(4) ابن الفرا، التهذيب (٤،٤٧١).

(5) المصدر نفسه (٤،٤٧١)، وهناك من ذهب إلى أن المسألة عند الشافعية على ثلاثة أقوال، ومنهم من قال : إنما هي على قول واحد، يتحالفان، والقولان الآخران حكاية مذهب الغير، وذلك بورود جملة (كلاهما مدخول).

٣- وذهب المالكية[١] والحنابلة[٢] وابن أبي ليلى[٣]:

إلى أن القول قول الخياط بيمينه وقول الصباغ.

وقيد المالكية ذلك بأن لا يأتي بأمر لا يشبه[٤].

تعليل أصحاب القول الأول:

لأن الإذن مستفاد من قبل صاحب الثوب، فكان القول قوله في صفة الإذن، ولهذا لو وقع الخلاف في أصل الإذن بالقطع، بحيث ادعى صاحب الثوب أنه لم يأذن له بالقطع، كان القول قوله، وكذلك إذا ادعى بأنه لم يأذن له بقطعه قميصاً.

تعليل أصحاب القول الثاني:

لعل من قال بالتحالف علل ذلك بأن كل واحد من المتعاقدين مدع ومنكر فيتحالفا.

تعليل أصحاب القول الثالث:

أن صاحب الثوب أقر الإذن بالقطع، إلا أنه ادعى زيادة صفة توجب الضمان وتسقط الأجرة، ولكن الخياط ينكر ذلك، فكان القول قوله[٥]، وله أجرة المثل؛ لأنه عمل بعوض لم يسلم له، ولا يستحق المسمى لأنه لا يثبت بمجرد دعواه[٦].

وقد رد الحنفية على هذا التعليل:

بأن الخلاف في المسألة هو المأذون فيه قطع القباء، لا مطلق القطع، وبذلك تختلف عن تعليل ابن أبي ليلى.

وأما من قال بالتحالف، فان التحالف وضع للفسخ، ولا يمكن الفسخ ههنا، فلا يثبت التحالف، لأن الخياط يدعي الأجرة وصاحب الثوب يدعي على الخياط الغصب، وذلك مما لا يثبت فيه التحالف ولكن له تضمين الخياط بقيمة الثوب؛ لأن صاحب الثوب لما حلف على دعوى

---

(1) الإمام مالك، المدونة (٥،١٦٦٨).

(2) البهوتي، شرح منتهى الارادات (٤،٣٨)، أبو النجا، الإقناع (٣،٥٣٥).

(3) الكاساني، بدائع الصنائع (٤،٢٢٠).

(4) الإمام مالك، المدونة (٥، ١٦٦٨).

(5) الكاساني، بدائع الصنائع (٤، ٢٢٠).

(6) البهوتي، شرح منتهى الارادات (٢، ٣٨).

الخياط، أصبح الخياط متلفاً الثوب فيضمن قيمته[١] وليس متصرفا بملك غيره بدون إذنه.

وذهب الحنفية إلى أن لصاحب الثوب أن يأخذه وإعطاء الخياط أجرة المثل، لأن الخياط أتى بأصل المعقود عليه مع تغير الصفة، فكان لصاحب الثوب الرضا به وإعطاؤه أجرة المثل لا المسمى لأنه لم يأت بالمأمور به على الوصف الذي أمر به[٢].

حتى أن بعض الحنفية ذهب إلى انه إن كانت المنفعة متقاربة كأن أراد صاحب الثوب قطعه قميصا فقطعه الخياط قباء فيمكن الانتفاع به بأن يسد وسطه وإزاره ولكن يفوت بعض الأغراض، وبذلك فقد وجد المعقود عليه مع العيب فيستحق الأجرة[٣].

إلا أن هذا غير متعارف عليه بين الناس، فقد اختلفت المنفعة وكذلك لا يسمى هذا عيباً عند الناس، فالعيب في الخياطة قد يتعلق بأزرار أو اختلاف في أذواق الزينة للثوب، أما أن يختلف الاستعمال فلا يعد عيبا وإنما بمثابة التلف.

فالراجح ما ذهب إليه أصحاب القول الأول، بأن القول لصاحب الثوب مع يمينه؛ لأن القول قوله في أصل الإذن فكذلك في صفته -والله أعلم-.

(1) العيني، البناية (١٠، ٣٣٧).

(2) ابن الهمام، شرح فتح القدير(٩، ١٤٥) وما بعدها، الكاساني، بدائع الصنائع (٤، ٢٢٠).

(3) الكاساني، بدائع الصنائع (٤، ٢٢٠).

المبحث الثاني

اختلاف المتعاقدين في محل العقد في عقود المشاركات

تمهيد:

يمتاز عقد الشركة بقيامه على مبدأ التشارك في المال والعمل، وبذلك فهو يتنوع بحسب الاتفاق القائم بين المتعاقدين؛ فإن كان التشارك بالمال فهو عقد لشركة أموال، وأما إن كان التشارك بالعمل للغير فهو عقد لشركة أعمال، وأما التشارك بالمال من جهة والعمل من جهة أخرى فهو عقد مضاربة، على أن يكون قد تم الاتفاق في العقود السابقة على نسبة الربح لكل شريك.

وحتى الشركات الحديثة فهي كذلك قائمة على المال والعمل، مع أن الشركات التجارية قد تنوعت، وأصبح لها العديد من المسميات إلا أن العبرة ليست بالمسميات وإنما بطبيعة العقد[١].

ونجد أن عقدي المضاربة وشركة العقد تتضمنان غالبية العقود التجارية والاقتصادية في التشريعات الحديثة، إلا أن الشركة في الإسلام تتميز بالوسيلة والغاية، فالغرض منها في الإسلام:

١- تحقيق المصلحة العامة والخاصة معاً.

٢- الاستعمال الأمثل للموارد.

على أن يقتسم الشركاء الربح والخسارة حسب شروط التعاقد[٢].

إلا أنه قد يحدث اختلاف بين الشركاء، سواء كان شركة عنان أو مضاربة، وفيما يلي بيان لبعض اختلافاتهم.

---

(1) أبو اليزيد، على المتيت، ذاتية المعاملات الإسلامية، الإسكندرية، المكتب الجامعي الحديث، ص ٥٧ والتي تليها.

(2) المصدر نفسه.

المطلب الأول

المضاربة

قد يقع اختلاف بين المضارب ورب المال فيما لو هلك رأس مال المضاربة بعد شراء المضارب وقبل النقد، أو في مقدار رأس مال المضاربة وغير ذلك.

فالمسألة لها صورتان:

أولاً: إن هلك رأس مال المضاربة قبل النقد وبعد الشراء:

من المتفق عليه بين الفقهاء أن المضارب أمين على المال، وهو مصدق فيما يدعيه من تلف المال، إلا أنه لو اشترى المضارب شيئا للمضاربة وبعد تمام عقد الشراء مع البائع، وقبل نقده الثمن، هلك رأس مال المضاربة بدون تعد، فمن يتحمل ثمن السلعة؟

اختلف الفقهاء في ذلك

١- ذهب الحنفية[(١)] وبعض الشافعية[(٢)] والحنابلة[(٣)]:

إلى أن عقد المضاربة باق، ويلزم رب المال الثمن، إلا أنهم اختلفوا فيما يعتبر رأس المال للمضاربة.

٢- وذهب المالكية[(٤)] وقول عند الشافعية[(٥)]:

إلى أن البيع لازم للعامل، ورب المال مخير إن شاء دفع قيمة السلعة مرة ثانية، ثم تكون بينهما على ما شرطا من المقارضة، وان شاء تبرأ عنها، فرأس المال الذي نقد لا الذي تلف.

تفصيل الآراء:

١- ذهب الحنفية[(٦)] وبعض الشافعية[(٧)] والحنابلة[(٨)] إلى أن ما اشتراه المضـــارب على

---

(1) الشيخ نظام، الفتاوي الهندية ٤، ٣٤٨ والتي تليها.

(2) الرافعي، العزيز (٦ ،٣٩).

(3) المرداوي، الإنصاف (٥، ٤٠٢)، ابن قدامه، المغني (٥، ١٨٣).

(4) ابن رشد، بداية المجتهد (٢ ،٢٤١).

(5) الرافعي، العزيز (٦، ٣٩).

(6) الكاساني، بدائع الصنائع (٦، ١١٣).

(7) الرافعي، العزيز (٦، ٣٩).

(8) المرداوي، الإنصاف (٥، ٤٠٢).

المضاربة، فيرجع على رب المال بالثمن ويسلمه إلى البائع.

إلا أنهم اختلفوا فيما يعتبر رأس المال:

أ- فذهب الحنفية[١] ووجه عند الشافعية[٢] إلى أن ما دفعه رب المال أولاً، وما غرم كله من رأس المال.

ب- وذهب الحنابلة[٣] ووجه عند الشافعية[٤] إلى أن رأس المال الثمن دون التالف.

تعليل رأي الحنفية[٥]:

لأن المضارب متصرف لرب المال، فيرجع بما لحقه من الضمان بتصرفه له كالوكيل، إلا أن الحنفية أوردوا فرقاً بين الوكالة والمضاربة.

فالوكيل إذا هلك الثمن في يده، فرجع بمثله إلى الموكل، ثم هلك الثاني لم يرجع على الموكل.

وأما المضارب فإنه يرجع في كل مرة؛ بمعنى أنه إن اشترى بضاعة بألف دينار، ثم هلك المال قبل أن ينقده للبائع، رجع على رب المال، فإن هلكت الألف الثانية يرجع بمثلها على رب المال، وما بعد ذلك أبدا حتى يسلم إلى البائع.

ووجه الفرق أن الوكالة قد انتهت بشراء الوكيل؛ لان المقصود من الوكالة بالشراء، استفادة ملك المبيع لا الربح، فإذا اشترى فقد حصل المقصود، فانتهى عقد الوكالة بانتهائه، ووجب على الوكيل الثمن، فإذا هلك في يده قبل أن ينقده البائع، وجب للوكيل على الموكل مثل ما وجب للبائع عليه، فإذا قبضه مرة فقد استوفى حقه فلا يجب عليه شيء آخر.

وأما المضاربة فإنها لا تنتهي بالشراء؛ لأن المقصود منها الربح ولا يحصل إلا بالبيع والشراء مرة بعد أخرى، فإذا بقي العقد فكان له أن يرجع ثانيا وثالثا، وما غرم رب المال مع الأول يقيد كله من مال المضاربة؛ ولان المقصود من هذا العقد الربح، فلو لم يصير ما غرم رب المال من رأس المال فيهلك مجاناً يتضرر رب المال لأنه يخسر ويربح المضارب، وهذا لا

---

(1) الكاساني، بدائع الصنائع (٦، ١١٣).

(2) الرافعي، العزيز (٦، ٣٩).

(3) المرداوي، الإنصاف (٥، ٤٠٢)، ابن قدامه، المغني (٥، ١٨٣).

(4) الرافعي، العزيز (٦، ٣٩).

(5) الكاساني، بدائع الصنائع (٦، ١١٣).

يجوز[1].

تعليل رأي الحنابلة[2]:

أن التالف تلف قبل التصرف فيه، فلم يكن من رأس المال، كما لو تلف قبل الشراء.

وأما تعليل قول الشافعية[3]:

فمن قال بأن على العامل الثمن، لأن القراض قد ارتفع، وذلك لأن إذنه انصرف إلى التصرف في ذلك الألف.

ونجد أن رأي الحنفية يتفق مع الغرض الذي من أجله شرعت المضاربة فالمقصود منها الربح، وأن يستفيد المضارب ورب المال، وفي رجوع المضارب على رب المال بالثمن ثم احتساب ذلك كله من رأس المال يحصل المقصود منها –والله أعلم–.

ثانياً: الاختلاف في مقدار رأس المال:

أن اختلف المضارب ورب المال في مقدار رأس المال، بأن كان مع المضارب ألفان وقال لرب المال: دفعت إلي ألفا وربحت ألفا، وقال رب المال: دفعت ألفين، ولا بينة لأحدهما.

١- فذهب الحنفية[4] –ما عدا زفر– والمالكية[5] والصحيح عند الشافعية[6] وهو مذهب الحنابلة[7] إلى أن القول في مقدار رأس المال قول العامل المضارب، وقيّد الشافعية ذلك إن لم يكن في المال ربح.

٢- وذهب زفر[8] إلى أن القول قول رب المال، وهو قول عند الشافعية إن كان في المال ربح.

٣- وفي قول للشافعية[9] أن كان في المال ربح أنهما يتحالفان.

---

(1) المصدر نفسه.

(2) ابن قدامه، المغني (٥، ١٨٣).

(3) الرافعي، العزيز (٦، ٣٩).

(4) الزيلعي، تبيين الحقائق (٥، ٥٥٩).

(5) القرافي، الذخيرة (٦، ٢٠).

(6) الشيرازي، المهذب (١،٥١٠).

(7) ابن قدامه، المغني (٥، ١٩٢).

(8) الزيلعي، تبيين الحقائق (٥، ٥٥٩)، الشربيني، مغني المحتاج، ج٣ ص٤١٩.

(9) الشيرازي، المهذب (١،٥١٠).

تعليل القول الأول:

١- أن الاختلاف بينهما في مقدار المقبوض من رأس المال، والقابض هو المضارب فيكون القول قوله في مقدار المقبوض؛ لأن رب المال يدعي زيادة فيما أعطاه وهو ينكر، لأنه لو أنكر أصل القبض كان القول قوله، فكذلك إذا أنكر زيادة القبض[١].

٢- أن المضارب أمين في حال المضاربة، فالقول قوله[٢].

٣- ولأن المال في يد المضارب، فالقول قوله في جهة حصوله في يده.

تعليل قول زفر[٣]:

لأن المضارب يدعي على رب المال الشركة في الربح، ورب المال ينكر، والقول قول المنكر.

تعليل قول الشافعية[٤]:

لأنهما اختلفا فيما يستحقان من الربح، فتحالفا، كما لو اختلفا في قدر الربح المشروط، وهذا في حالة وجود الربح، وأما عند عدمه فالقول قول العامل لأن الأصل عدم دفع الزيادة.

وقد رد على هذا التعليل[٥]:

(بأنه لو كان الاختلاف في قدر الربح المشروط، لكان اختلاف في صفة العقد فيتحالفان كالمتبايعين إذا اختلفا في قدر الثمن، ولكن في هذه المسألة اختلاف فيما قبض، فكان الظاهر مع الذي ينكر، كالمتبايعين إذا اختلفا في قبض الثمن فان القول قول البائع).

ونجد أن المضارب أمين في مال المضاربة، فكان القول قوله، حيث أن من يدفع المال إلى عامل ليضارب فيه، دل على ثقته وأمانته، خاصة وأن لا بينة لأحدهما، فيكون القول قوله في مقدار ما تسلم من المال. والله أعلم.

---

(1) السرخسي، المبسوط (٨٤،٢٢)، الشيرازي، المهذب، ج١ ص٥٠.

(2) القرافي، الذخيرة (٢٠،٦)، ابن قدامة، لمغني (٥، ١٩٢).

(3) العيني، البناية (١٠٢،١٠).

(4) الشيرازي، المهذب (١، ٥١٠) ، الشربيني، مغني المحتاج، ج٣ ص٤١٩.

(5) الشيرازي، المهذب (١، ٥١٠).

المطلب الثاني

شركة العنان

لو اختلف الشركاء في أصل شراء الأعيان، فادّعى أحد الشركاء أن ما اشتراه –بعد انعقاد الشركة– له خاصة، وادّعى الآخر أنه للشركة، فالقول لمن؟

أولاً: ينظر إلى السلعة المشتراة:

إن كانت مما يحتاجه المرء كالطعام واللباس ولم تكن من جنس تجارتهما فقد ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية[١] والمالكية[٢] والشافعية[٣] والحنابلة[٤] إلى تصديق مدّعي الشراء لنفسه، على أنه يشترط الإشهاد عند الحنفية[٥] أنه اشتراه لنفسه، وإلا ينظر إلى جهة دفع مال السلعة المشتراة، فإن كان المال من الشركة فللشركة وإلا فالقول قوله في أنه لخاصته.

وإما إن كانت السلعة المشتراة ليست مما يحتاجه المرء أو كانت من جنس تجارتهما. فالراجح عند الحنفية[٦] وهو مذهب المالكية[٧] أنه للشركة.

وقد علل الحنفية[٨] ذلك:

بأنه حتى لو أشهد عند الشراء أنه لنفسه فهو للشركة؛ لأنه في النصف بمنزلة الوكيل بشراء شيء معين.

أما الشافعية[٩] والحنابلة[١٠]:

فالقول قول المشتري أنه لخاصته.

---

(1) الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، ج٢ ص٣٤٠.

(2) التاج والإكليل، ج٧ ص١٠٩.

(3) حاشية البجيرمي على المنهج، ج٣ ص٤٦.

(4) البهوتي، كشاف القناع، ج٣ ص٥١٣.

(5) الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، ج٢ ص٣٤٠.

(6) المصدر نفسه.

(7) التاج والإكليل، ج٥ ص١٠٩.

(8) حاشية ابن عابدين، ج٤ ص .

(9) حاشية البجيرمي على المنهج، ج٣ ص٤٦.

(10) البهوتي، كشاف القناع، ج٣ ص٥١٣.

وقد علل الحنابلة[1] ذلك:

لأن الاختلاف هنا في نية المشتري وهو أعلم بما نواه لا يطّلع عليه أحد سواه.

والراجح ما ذهب إليه الحنفية والمالكية أنه للشركة؛ لأن الشريك وكيل، فكان ما يشتريه لموكله، وإلا عليه أن يثبتت أنه لنفسه خاصة وأن ما اشتراه من جنس تجارتهما، حتى لا يطمع باستئثار الربح له، فكان ما اشتراه للشركة –والله أعلم–.

(1) البهوتي، كشاف القناع، ج٣ ص٥١٣.

المبحث الثالث

اختلاف المتعاقدين في محل العقد في عقود التوثيقات

الرهن

شرع الإسلام التوثيق تأكيدا للثقة بين الناس في التعامل، فيطمئن المتعامل إلى أن ماله مصان ولا خوف عليه من الجحود أو الضياع بالنسيان أو حتى من الموت المفاجئ[١].

ولعل من أهم هذه التوثيقات الرهن، عدا عن الكتابة والإشهاد والكفالة.

وللرهن عدة فوائد أخرى، فهو من ناحية اقتصادية يدفع حركة التعامل بتوفير الثقة، فكأن المرتهن بما يحتبس من مرهون نظير الدين، يحتفظ بماله وكأنه في حوزته، مع أن ماله قد أصبح دينا شغلت به ذمة المدين، كذلك فهو يلبي حاجة اجتماعية أوحت بها طبيعة المعاملات بين الناس، التي من ضمنها المدانيات وكيفية تحصيل الديون وطرق توثيقها[٢].

ومع ذلك فإنه قد يقع اختلاف بين الراهن والمرتهن بمقدار الدين أو حتى في المرهون به، أي قد يقع الاختلاف في محل العقد.

فمحل عقد الرهن:

١- العين المرهونة.

٢- الدين المرهون به.

الفرع الأول: الاختلاف في العين المرهونة:

لو اختلفا في عين الرهن؛ بأن ادعى الراهن بأنه كان مصاغاً من ذهب مثلا، وقال المرتهن: بل رهنتني مصاغاً من فضة، ولابينة لأحدهما.

فقد اختلف الفقهاء في ذلك إلى قولين:

١- المشهور عند المالكية[٣]: انه إذا أتى المرتهن برهن دون قدر الدين، وقال الراهــن

---

(1) الدريني، بحوث مقارنة (٢، ٤٦٦).

(2) الدريني، بحوث مقارنة (٢، ٤٦٧).

(3) حاشية الدسوقي (٣، ٥٩).

بل الرهن غير هذا وهو مساو للرهن، فالقول للمرتهن؛ لأن الرهن يكون كالشاهد على قدر الدين.

٢- وفي قول للمالكية[١] وهو مذهب الشافعية[٢] والحنابلة[٣]: أن القول قول الراهن مع يمينه؛ لأن الأصل عدم الرهن فكان القول قول الراهن بيمينه.

ويظهر أن القول قول الراهن بيمينه هو الراجح بدليل أصحاب القول الثاني لموافقته للأصل وهو أن الأصل عدم الرهن.

الفرع الثاني: الاختلاف في قدر المرهون به:

بأن قال الراهن: رهن المصاغ الذهبي بخمسمائة، وقال المرتهن: بألف.

فاختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

١- ذهب الحنفية[٤] والشافعية[٥] والحنابلة[٦] إلى أن القول للراهن مع يمينه؛ لأن المرتهن مدعي الفضل؛ أي أن المرتهن يدعي على الراهن زيادة ضمان، والراهن ينكر، فكان القول قوله[٧].

٢- وأما الإمام مالك[٨] فقال:

صدق من شهد له الرهن بيمينه.

فان كانت قيمة الرهن مثل دعوى المرتهن فأكثر صدق مع يمينه، وان كانت قيمة مثل دعوى الراهن فهو مصدق مع يمينه[٩].

(1) حاشية الدسوقي (١، ٥٩).

(2) الشيرازي، المهذب (١، ٤١٨)، الشربيني، مغني المحتاج (٢، ١٤٢)..

(3) الرحيباني، مطالب أولي النهى (٣، ٢٨٠).

(4) الكاساني، بدائع الصنائع (٦،١٧٤).

(5) الشيرازي، المهذب (١،٤١٨)، الماوردي، الحاوي (٦،١٩٥).

(6) الرحيباني، مطالب أولي النهى (٣،٢٨٠).

(7) الكاساني، بدائع الصنائع (٦،١٧٤).

(8) ابن المنذر، الإشراف (١،٧٤)، الصاوي، بلغة السالك (٣،٢١٤).

(9) حاشية الدسوقي (٣،٢٥٩).

مدار اختلاف الفقهاء مع الإمام مالك:

يعلل ابن رشد سبب الاختلاف بقوله[١]:

عمدة الجمهور بأن الراهن مدعى عليه، والمرتهن مدع، فوجب أن تكون اليمين على الراهن بحسب ظاهر السنة، أي قوله صلى الله عليه وسلم: (البينة على المدعي واليمين على من أنكر).

وأما الإمام مالك؛ فان المرتهن وان كان مدعيا إلا أن له شبهة بنقل اليمين إلى حيزه، وهو كون الرهن شاهدا له، ومن أصوله أن يحلف أقوى المتداعيين شبهة، وهذا لا يلزم عند الجمهور؛ لأنه قد يرهن الراهن الشيء، وقيمته اكثر من المرهون فيه.

ويظهر أن ما ذهب إليه جمهور الفقهاء يتفق مع القاعدة الفقهية (البينة على المدعي واليمين على من أنكر)، خاصة وان الرهن لا يدل دائما على قيمة الدين فكان القول قول الراهن بيمينه -والله أعلم-.

الفرع الثالث: الاختلاف في قيمة العين المرهونة بعد تلفها:

إذا هلك الرهن في يد المرتهن بدون تعدٍ منه، واختلفا في قيمته.

فعند الحنفية[٢] القول قول المرتهن مع يمينه.

وقد علل الحنفية ذلك:

لأنه بهلاك الرهن يصير المرتهن مستوفياً بقدر قيمته، فحاصل اختلافهما في مقدار ما صار مستوفياً، وبما أن الراهن يدّعي الزيادة والمرتهن ينكر فالقول قول المرتهن مع يمينه[٣].

كما أنه في حالة وجود البيّنة فيُقضى ببيّنة الراهن لإثباته الزيادة بها[٤].

وأما المالكية[٥] فقد فرّقوا بين ما يمكن إخفاؤه كالحلي وبين ما لا يمكن إخفاؤه كالدواب والعقار.

---

(1) ابن رشد، بداية المجتهد (٢،٢٧٨).

(2) السرخسي، المبسوط، ج٢١ ص١٢٥-١٢٦.

(3) المصدر نفسه.

(4) السمناني، روضة القضاة، ج٢ ص٤٢٤.

(5) الإمام مالك، المدونة، ج٤ ص١٥٥، التاج والإكليل، ج٦ ص٥٨٤.

فيضمن فيما يمكن إخفاؤه إن لم تقم بيّنة على هلاكه بلا تفريط منه، ولا يضمن الثاني إلا بتفريط منه.

وأما الشافعية[١] والحنابلة[٢] فإن هلك الرهن بلا تعدٍ في يد المرتهن فلا ضمان عليه، والحق ثابت كما كان قبل الرهن.

وقد عللوا ذلك:

بأن الرهن وثيقة كالكفالة، فلا ينقص هلاكه ولا نقصانه حق المرتهن، بمعنى أن الرهن أمانة دفعه صاحبه إياه برضاه، وحتى أوجبه فيه كالكفالة[٣] وإن تعدى فكوديعة[٤].

كما أن الرهن يجمع بين الأمانة والاستيثاق، فإذا زال أحدهما بقي الآخر، فلا يسقط بتلفه شيء من الدين[٥].

وأما إن تعدّ المرتهن فهو ضامن، والقول في قيمته قول المرتهن مع يمينه لأنه غارم؛ ولأنه منكر لوجوب الزيادة على ما أقرّ به، فالقول قول المنكر[٦].

وسبب الخلاف بين الفقهاء أن الحنفية يعتبرون يد المرتهن يد ضمان[٧]، بينما المالكية[٨] يفرّقون بين ما يُعاب عليه فيضمنه المرتهن وغيره لا يضمن لأن الرهن لم يؤخذ لمنفعة ربه فقط حتى يكون كالوديعة ولا لمنفعة الآخذ فقط حتى يكون كالعرض، بل أخذ شُبهاً من كل منهما فتوسط فيه.

وأما الشافعية[٩] والحنابلة[١٠] فاعتبروا أ ن يد المرتهن على العين المرهونة يد أمانة.

---

(1) الشافعي، الأم، ج٣ ص١٧٠.

(2) ابن قدامة، المغني، ج٤ ص٢٥٨.

(3) الشافعي، الأم، ج٣ ص١٩٢.

(4) ابن مفلح، الفروع، ج٤ ص٢٢٩.

(5) البهوتي، كشاف القناع، ج٣ ص٣٤١.

(6) الشافعي، الأم، ج٣ ص١٧٠، ابن قدامة، المغني، ج٤ ص٢٥٨.

(7) ابن الهمام، فتح القدير، ج٩ ص٧٠.

(8) الفواكه والدواني، ج٢ ص١٦.

(9) حاشية البجيرمي، ج٢ ص٣٦٥.

(10) الرحيباني، مطالب أولي النهى، ج ص٢٧١.

واتفقوا على أن تعتبر قيمة العين المرهونة الهالكة يوم الرهن(١).

والراجح ما ذهب إليه الحنفية؛ لأن تسليم الراهن العين المرهونة للمرتهن توثيقاً لحق المـــرتهن، فكما أن المرتهن حفظ حقه بحبس العين المرهونة كان عليه الضمان، وهذا يفرق عن الوديعـــة والأمانة، ففيهما يخّر المرء في اختيار الأمين لحفظها، وبذلك فإن هلاك الرن يُجبر من الدين – والله أعلم–.

(1) الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، ج٥ ص٤٧١، الصاوي، بلغة الســالك، ج٣ ص٣٤٢، زكريــا، شــرح البهجة، ج٣ ص٥١.

المبحث الرابع

اختلاف المتعاقدين في محل العقد في عقود التبرعات

سبق أن ذكر أن المقصود بالتبرعات هي التي تقوم على أساس المنحة أو المعونة من أحد الطرفين للآخر، كالهبة والإعارة، وهذا تبرع محض مقصود، على أنه قد يكون تبرعاً ابتداءً وهو معاوضة ابتهاءً كالقرض والهبة بشرط العوض على قول[١].

ولذلك يختلف محل العقد باختلاف نوعه.

المطلب الأول

الإعارة

عقد الإعارة هو تمليك المنفعة مجاناً بلا عوض[٢].

وأما المحل فهو المستعار –أي الذي يمنحه المعير للمستعير للانتفاع به– فلو أعار رجل رجلاً وسيلة نقل –سيارة مثلاً– وتلفت فإدّعى المستعير أنها تلفت بالاستعمال المعتاد عليه، وإدّعى المعير بغيره، ولا بيّنة لأحدهما.

فذهب جمهور الفقهاء من الحنفية[٣] والمالكية[٤] والشافعية[٥] والحنابلة[٦] إلى أن القول قول المستعير بيمينه، ويبرأ من ضمانها؛ لأنه منكر والأصل براءة ذمته.

وأما إن اختلف المعير والمستعير في قدر المسافة، كما لو قال المالك أعرتك منافع سيارتي إلى مادبا، وقال المستعير أعرتنيها إلى العقبة.

---

(1) إبراهيم، أحمد، (١٩٩٣). التزام التبرعات في الشريعة الإسلامية، القاهرة، مطبعة الرغائب، ص٦٠٥.

(2) الزرقا، المدخل الفقهي، ج١ ص٥٤٩.

(3) ابن الهمام، فتح القدير، ج٩ ص٨.

(4) حاشية الخرشي، ج٦ ص١٢٨.

(5) الرملي، نهاية المحتاج، ج٥ ص١٤٣.

(6) البهوتي، كشاف القناع، ج٤ ص٦٨.

فقد ذهب الحنفية[١] والحنابلة[٢] إلى أن القول قول المالك مع يمينه.

وأما عند الإمام مالك[٣] إن كان الاختلاف قبل الركوب أو في أثناء المسافة التي إدّعاها المعير، خيّر المستعير بين أن يركب إلى الموضع الذي حلف عليه المعير أو يترك.

وإن كان تنازعهما بعد أن ركب المستعير النهاية فالقول قوله بيمينه.

ونجد أن التفصيل الوارد في مذهب المالكية فيه من الصواب؛ لأنه قبل الانتفاع كان القول قول المالك، وأما بعد أن تم الانتفاع بالعارية كان القول قول المستعير، وكأنه علل ذلك لحصوله على الإذن من المالك بالانتفاع –والله أعلم–.

المطلب الثاني

الهبة

لو اختلف الواهب والموهوب له في اشتراط العوض، بأن قال الواهب قد كان العوض مشروطاً، وقال الموهوب له أنه لم يشترط ولا بينة لأحدهما.

فذهب الحنفية[٤] وهو الأصح عند الشافعية[٥] والحنابلة[٦] إلى أن القول قول الموهوب له بيمينه؛ لأن الأصل عدمه كما أن الأصل برءة ذمته.

أما المالكية[٧] فيصدّق الواهب في قصده ما لم يشهد العرف بضده.

وأن أثبت كل منهما صدق دعواه ببيّنة، فترجح بينة الهبة بشرط العوض على بيّنة الهبة مجاناً[٨].

(1) الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، ج٤ ص٤١٤.

(2) ابن قدامة، المغني، ج٥ ص٣٦٩.

(3) حاشية الخرشي، ج٦ ص١٢٨.

(4) السمناني، روضة القضاة، ج٢ ص٥٢٨.

(5) الزركشي، قواعد المنثور، ج١ ص١٥٠.

(6) الرحيباني، مطالب أولي النهى، ج٤ ص٣٨٤.

(7) حاشية الصاوي، ج٤ ص١٥٧.

(8) حيدر، درر الحكام، ج٢ ص٤٦٩.

والراجح أن الأصل براءة الذمة، فيصدّق الموهوب له بيمينه؛ لأنه منكر، وعلى الواهب البيّنة، وهو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة –والله أعلم–.

دعوى زيادة الهبة:

الزيادة في الهبة إما أن تكون متصلة أو منفصلة، وإن كانت منفصلة كالثمرة فإنها لا تؤثر في الرجوع في الهبة اتفاقاً[١].

وأما إن كانت متصلة فتمنع من الرجوع عن الهبة عند الحنفية[٢] والمالكية[٣] والحنابلة[٤] في إحدى الروايتين لعدم ورود العقد على تلك الزيادة.

وعند الشافعية[٥] ورواية أخرى للحنابلة[٦] أنها لا تمنع من الرجوع.

ولذلك لو وهب لإنسان شاه فأراد الرجوع عنها، فقال وهبتها لي وهي صغيرة فكبرت وإزدادت خيراً، وكذبه الواهب.

فعند الحنفية[٧] ووجه عند الحنابلة[٨] القول قول الواهب لموافقة دعواه الأصل وهو عدم حدوثها.

ويمكن تخريج قول المالكية أن القول قول الموهوب له إن أشبه، وإلا كان القول للواهب، كما يمكن أن يقال أنه عند الشافعية وبعض الحنابلة بما أنها لا تمنع الرجوع فيكون قول الواهب –والله أعلم–.

(1) الموسوعة الفقهية، ج٢٤ ص٧٥.

(2) الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، ج٤ ص٣٨٦.

(3) حاشية الدسوقي، ج٤ ص١١٢.

(4) ابن مفلح، الفروع، ج٤ ص٦٤٩.

(5) الشربيني، مغني المحتاج، ج٣ ص٥٧١.

(6) ابن مفلح، الفروع، ج٤ ص٦٥٠.

(7) الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، ج٤ ص٣٩٩.

(8) ابن مفلح، الفروع، ج٤ ص٦٥٠.

الفصل الخامس

الاختلاف في الأجل والربح
والشرط والقبض والتسليم والرد والرؤية

المبحث الأول

الاختلاف في الأجل

ينشأ عن العقود التزامات متبادلة بين المتعاقدين، منها ما يتم تنفيذه مباشرة بعد انعقاد العقد كما في تسليم المبيع بعد عقد البيع، ومنها ما يتم تأجيله لفترة زمنية محددة، كما في البيع بثمن مؤجل، مما قد يصيب هذا النوع من التعاقد اختلاف بين المتعاقدين في الأجل، كأن يدّعي المشتري التأجيل وينكر البائع ذلك، أو يختلفان في مدة التأجيل فيدّعي المشتري أن التأجيل لشهرين ويدّعي البائع لشهر ونحو ذلك.

فالاختلاف الناشئ عن الأجل له صور ثلاث:

١- الاختلاف في أصل الأجل.

٢- الاختلاف في مقدار الأجل.

٣- الاختلاف في انتهائه.

أولاً: الاختلاف في أصل الأجل:

إذا اختلف المتعاقدان في أصل الأجل، بأن قال المشتري:- اشتريته بمائة دينار مؤجل، وأنكر البائع ذلك.

فقد اختلف الفقهاء في ذلك

١-مذهب الحنفية[1] ورواية عند الإمام أحمد[2] أن القول قول البائع مع يمينه وهو قول ابن وهب[3] من المالكية إن لم يكن لتلك السلعة عرف وكانت بيد البائع،والا كان قول من ادعى العرف مع يمينه[4].

٢- وأما عند الشافعية[5] وزفر من الحنفية[6] ورواية عن الحنابلة[7] أنهما يتحالفان.

---

(1) حاشية ابن عابدين (٧،٣٩)، ابن نجيم، البحر الرائق (٦،٤٦٧).

(2) ابن قدامة، المغني (٤،٢٩١)، الدسوقي، كشاف القناع (٣،٢٢٦)، ابن تيمية، المحرر (١،٤٨٣).

(3) ابن فرحون، تبصرة الحكام (١،٢٤٦).

(4) حاشية الدسوقي (٣،١٩١)، الصاوي، بلغة السالك (٣،١٥٨)، حاشية الخرشي (٦،٤٤١).

(5) الشربيني، مغني المحتاج (٢،٩٥).

(6) السرخسي، المبسوط (١٣،٤٢)، الزيلعي، تبيين الحقائق (٢،٢٦٤).

(7) ابن قدامة، المغني (٤،٢٩١).

وهو قول ابن القاسم[1] من المالكية إن لم يكن لتلك السلعة عرف.

وقد علّل أصحاب القول الأول رأيهم:

بأن الأصل الحلول إلا في السلم، فإن القول فيه لمن يثبت الأجل، لأن نافيه يدّعي فساد العقد بفقد شرط صحته وهو التأجيل، ومدّعيه يدّعي صحته بوجوده، والقول لمدعي الصحة[2].

وأما في عقد البيع فالأصل عدم التأجيل، فالقول قول من ينفيه[3].

وأما أصحاب القول الثاني وهم المالكية:

فالقول عندهم لمن وافق العرف، وهذا يختلف باختلاف المبيع، فمثلا اللحوم والثياب شأنها الحلول.

وأما العقار فشأنه التأجيل، فيكون القول لمن وافق العرف في ذلك مع يمينه وسواء أكانت السلعة قائمة أم فاتت[4].

وأما إن كانت تلك السلعة -المختلف في تأجيل ثمنها- تباع بأجل تارة، وبغيره تارة أخرى، تحالفا وتفاسخا ان كانت السلعة قائمة[5]، فان لم تكن تلك السلعة كذلك صدّق المشتري بيمينه ان ادّعى أجلا قريباً، وأما إن ادّعى أجلاً مستنكرا فإنه لا يصدق[6]، ويكون القول للبائع بيمينه.

وأما أصحاب القول الثالث فقد استدلوا بما يلي:

أ- قوله صلى الله عليه وسلم: (لو يعطى الناس بدعواهم لادّعى ناس دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه)[7].

---

(1) ابن فرحون،تبصرة الحكام ج١ص٢٤٦.

(2) ابن عابدين، رد المحتار (٧،٣٩).

(3) ابن قدامة، المغني (٤،٢٩١)، هذا في البيع، أما في السلم فالقول لمدعيه، ابن نجيم، الأشباه والنظائر ص ٢٧٥.

(4) حاشية الدسوقي (٣،١٩١).

(5) الصاوي، بلغة السالك (٣،١٥٨).

(6) حاشية الخرشي (٦،٤٤١).

(7) سبق تخريجه.

وجه الدلالة:

أن كلاً منهما مدعى عليه كما أنه مدع، فيتحالفان[١]

ب- انهما قد اختلفا في صفة العقد، فيتحالفان قياساً على الاختلاف في الثمن[٢]؛ لأن هذا في معنى الاختلاف في مقدار مالية الثمن، فإن المؤجل أنقص من الحال في المالية[٣].

وقد رد الحنفية[٤] على ما قاله الشافعية:

بأنهما اختلفا في مدة ملحقة بالعقد شرطاً، فيكون القول قول من ينكرها، ولا يجري التحالف، كما لو اختلفا في خيار الشرط؛ لأن حكم التحالف عُرف بالنص، وإنما ورد النص عند الاختلاف فيما يتم به العقد، والأجل وراء ما يتم به العقد، فلم يكن في معنى المنصوص وأخذ نافيه بالقياس وجعلنا القول قول البائع سواء أأنكر زيادة الأجل أم أنكر أصل الأجل.

وفرق بين البيع والسلم فإنه في السلم القول لمن يدّعي الأجل -عند أبي حنيفة- وأما في البيع فالقول قول من ينكر الأجل.

وذلك لأن الأجل في السلم من شرائط صحة العقد، فإقراره بالعقد إقرار به وبما هو من شرائط العقد، فإذا أنكر الأجل بعد ذلك فقد رجع عن الإقرار بعدما أقر به فلا يصدق.

وأما هنا فالأجل ليس من شرائط العقد ولا من مقتضياته، لأن العقد يقتضي أيضاً الثمن، والمعقود عليه في المجلس، فالمشتري يدّعي عليه التأخير وهو منكر، فكأن القول قول المنكر.

وقد رد الشافعية[٥] على ذلك بعدة أمور منها:

أ - ان الخبر عام فيبقى على عمومه من غير تخصيص.

ب- بأن صفات العقد ملحقة بأصله، فوجب أن يكون حكمها في التحالف كحكمه.

ج- بأن هذه الصفات قد تأخذ من الثمن قسطاً، فالثمن قد يزيد وينقص بعدمها، فصارت في الحكم كأجزاء الثمن والمثمن.

---

(1) الشربيني، مغني المحتاج (٢،٩٥).

(2) ابن قدامة، المغني (٤،٢٩١).

(3) السرخسي، المبسوط (١٣،٤٢).

(4) السرخسي، المبسوط (١٣،٤٢).

(5) الماوردي، الحاوي (٥/٢٩٩).

وأما انها غير مقصودة، فإنها فقد تقصد ولذلك شرطت، ولو لم تقصد وكانت تبعاً لوجب أن تلحق بحكم يسوغها.

والراجح:

قول الامام أبي حنيفة ومن وافقه لأن تأجيل الثمن فيه ضرر على البائع، فكان القول قوله في نفي التأجيل، وادعاء المشتري بتأجيل الثمن فيه مصلحة له، وبذلك يكون القول للبائع مع يمينه.

ثانياً: الاختلاف في مقدار الأجل:

إذا اختلف المتعاقدان في مقدار الأجل، كما إذا قال البائع: بعته لك بثمن مؤجل إلى شهر، وادّعى المشتري أكثر من ذلك.

فاختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

١- ذهب الحنفية(١) والحنابلة في المشهور(٢):

أن القول قول مدّعي الأقل -لانكاره الزيادة- وبذلك يكون القول قول البائع والبينة للمشتري، لأنه يثبت خلاف الظاهر، والبينات لإثبات خلاف الظاهر(٣).

٢- أما المالكية(٤) والشافعية(٥) وفي رواية عند الحنابلة(٦) أنهما يتحالفان.

وقد استدل كل فريق بأدلة الاختلاف في أصل الأجل.

وعند المالكية(٧) إذا تحالفا فسخ العقد إن كانت السلعة قائمة -على المشهور عندهم- إن حكم بالفسخ حاكم أو تراضيا عليه.

وحلف المشتري إن فاتت السلعة(٨).

---

(1) ابن عابدين، رد المحتار (٧، ٣٩)، محمد بن الحسن الشيباني، الأصل، وطبعة جامعة القاهرة ١٩٥٤م ،ج١ ص ١٠٩.
(2) ابن قدامة، المغني (٤ ،٢٩١)، البهوتي، كشاف القناع (٣، ٢٢٦).
(3) ابن عابدين، رد المحتار (٧ ،٣٩).
(4) حاشية الدسوقي (٣ ،١٨٨ - ١٨٩).
(5) الشربيني، مغني المحتاج (٢،٩٦).
(6) ابن قدامة، المغني (٤ ،٢٩١).
(7) ابن فرحون، تبصرة الحكام (١ ،٢٤٦).
(8) حاشية الدسوقي (٣، ١٨٨ - ١٨٩)، ابن فرحون، تبصرة الحكام (١ ،٢٤٦).

الراجح:

ما ذهب إليه أصحاب القول الأول، لأن المتعاقدين متفقان على ثبوت الأجل، ومختلفان في مدته، فيكون القول قول مدّعي الأقل لأنه منكر للزيادة، وأما من يدّعي الزيادة فعليه البينة.

ثالثاً: الاختلاف في انتهاء الأجل:

إذا اختلف المتعاقدان في مضي الأجل، مع اتفاقهما على أصله، كما إذا قال البائع: بعته لك بثمن مؤجل إلى شهر أوله هلال رمضان وقد انقضى.

وقال المشتري: بل أوله نصف رمضان، فانتهاء الأجل نصف شوال.

فذهب جمهور الفقهاء من الحنفية[١] والحنابلة[٢] إلى أن القول قول المشتري؛ لأنهما اتفقا على الأجل، فالأصل بقاؤه، فكان القول للمشتري في عدم مضيه مع يمينه.

وأيضاً لأن الأجل حق للمشتري وهو منكر استيفاء حقه[٣].

وعند الحنفية البينة للمشتري[٤].

وقد يعترض على ذلك بأن يقال:

أن من شأن البينة إثبات خلاف الظاهر، وهو هنا دعوى البائع، لأن الأصل بقاء الأجل.

إلا أنه قد يجاب على ذلك[٥]:

أن بينة المشتري على عدم المضي شهادة على النفي، فهي تثبت معنًى أن الأجل باق، فوجه تقديم بينة المشتري كونها أكثر إثباتا.

وعند المالكية[٦] القول لمنكر الانتهاء بيمينه، لأن الأصل بقاء الأجل أن أشبه قوله عادة الناس في الأجل.

فإن لم يشبها معاً عادة الناس حلفا، وفسخ إن كانت السلعة قائمة وإلا فالقيمة.

---

(1) حاشية ابن عابدين، (٧،٣٩)، الشيخ نظام، الفتاوي الهندية (٣،٥٥)، بأن نجيم، البحر الرائق (٦،٤٦٧).

(2) البهوتي، شرح منتهى الارادات (٢،١٨٦).

(3) السرخسي، المبسوط (١٣،٤٣).

(4) حاشية ابن عابدين، (٧،٣٩).

(5) المرجع السابق (٧، ٣٩).

(6) حاشية الدسوقي (٣،١٩١).

وعند الشافعية[1] الأجل حق المشتري في باب الشراء، فالقول قوله، وأما في السلم فالقول قول البائع لأن الأجل حق البائع.

والراجح:

ما ذهب إليه المالكية في أن القول لمنكر الانتهاء بيمينه، لأن أصل الأجل قد ثبت، وأما انتهاؤه فالأصل أن يثبت ببينة وإلا فالقول لمنكر انتهائه مع اليمين.

(1) النووي، روضة الطالبين (٣، ٥٨٦).

المبحث الثاني

الاختلاف في القبض والتسليم

المطلب الأول

الاختلاف في القبض

أن اختلفا في قبض الثمن، بأن قال المشتري أقبضتك الثمن، وأنكر البائع، أو اختلفا في قبض السلعة، بأن قال البائع أقبضتها وأنكر المشتري ولا بينة.

فقد اتفق جمهور الفقهاء[١] إلى أن القول قول المنكر مع يمينه؛ لأن الأصل عدم القبض، والوجود عارض، فكان القول لمن يتمسك بالأصل.

إلا أن للمالكية بعض التفصيل في ذلك:

فعندهم أن اختلفا في القبض فالقول لمن يشهد له العرف؛ لأنه يشهد بخلاف الأصل. فمثلاً ان كان المبيع من اللحوم ونحوه، فقد جرت العادة أنه لا يقطع اللحم إلا بعد قبض البائع الثمن، فإذا ادّعى بعد أن أعطاه اللحم أنه لم يقبض الثمن فالقول للمشتري بأنه أقبضه إياه، مع مراعاة اختلاف الأعراف باختلاف الناس[٢].

وإلا فالقول لمن ادّعى عدم القبض بيمينه؛ لأن الأصل بقاء كل عوض بيد صاحبه، فإن قامت بينة أو ثبت عرف عمل عليه[٣].

وكذلك فإن الفقهاء متفقون على أن الأصل عدم القبض، ومن يدّعي خلاف ذلك عليه بالبينة، وإلا فالقول لمنكر القبض مع يمينه.

---

(1) الكاساني، بدائع الصنائع (٥،٢٤٨)، السمناني، روضة القضاة (١،٣٥٣)، الدردير، الشرح الصغير (٣،٢٥٣)، النووي، روضة الطالبين (٣، ٥٧٨)، البهوتي، شرح منتهى الإرادات (٢،١٨٠).

(2) القرافي، الذخيرة (٥،٣٢٥)، التسولي، البهجة (٢،١٦٨)، الدردير، الشرح الصغير (٣،٢٥٣-٢٥٤).

(3) عليش، منح الجليل (٢،٧٤٩)، حاشية الدسوقي (٣،١٩٢).

المطلب الثاني

الاختلاف في التسليم

أولاً: البيع:

لا يتحقق المقصود من البيع إلا بتسليم المبيع والثمن، فيحصل كل من المتعاقدين على ما أراده من التعاقد.

إلا أنه لو اختلفا، فقال البائع لا أسلم المبيع إلا بعد قبض ثمنه، ويقول المشتري : لا أدفع الثمن إلا بعد قبض المبيع.

يختلف الحكم بحسب نوع البدلين.

فالبيع إمّا أن:

أولا: يكون البيع عيناً بعين.

ثانيا: أو بيع عين بدين.

ثالثا: أو يكون رهنا .

أ- إن كان البيع عيناً بعين:

إذا اختلفا فيمن يسلّم أولاً، فقد ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية[١] والمالكية[٢] وهو مذهب الحنابلة[٣] وأحد قولي الشافعية[٤] إلى أنه يجب على العاقدين التسليم معاً.

وذلك لأن المساواة عادة مطلوبة بين العاقدين، فهما قد استويا في تعلق حقهما، إذ ليس أحدهما بالتقديم أولى من الآخر.

فيجعل بينهما عدل قطعاً للنزاع، فيقبض من كل منهما ويسلم الآخر، أو كما ذكر الدسوقي[٥] يوكل شخصا يمسك الميزان في المراطلة ويضع كل واحد عينه في كفة ليدفع لكل منهما مناجزة.

---

(1) الكاساني، بدائع الصنائع (٥، ٢٤٤).

(2) حاشية الدسوقي (٣،١٤٧).

(3) ابن قدامة، المغني (٤، ٢٩٢)، البهوتي، كشاف القناع (٣، ٢٢٧).

(4) النووي، روضة الطالبين (٣، ٥٢٢).

(5) حاشية الدسوقي (٣، ١٤٧).

والحكم كذلك إذا تبايعا ديناً بدين كما في عقد الصرف[1].

وهناك رواية عند الحنابلة[2]:

بأن الذي يتعلق به استقرار البيع وتمامه هو المبيع، فوجب تقديمه.

ب- وإن كان بيع عين بدين:

فقد اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

١- ذهب الحنفية[3] والمالكية[4] وقول الشافعية[5]: الى تسليم الثمن أولاً -أي الدين-.

٢- والصحيح عند الشافعية[6] وهو مذهب الحنابلة[7]: وجوب تسليم المبيع أولاً.

وقد علّل أصحاب القول الأول ما ذهبوا إليه:

١- لأن من حق البائع أن لا يدفع ما باع حتى يقبض ثمنه؛ لأن الذي باعه في يده كالرهن في الثمن، فمن حقه أن لا يدفعه إليه حتى يقبض ثمنه.

فيد البائع على المبيع كالرهن على الثمن[8].

وأما أصحاب القول الثاني[9] فقد استدلوا بما يلي:

١- لأن المبيع معين، والثمن في الذمة غير معين، وما تعلق بالأعيان أحق بالتقديم مما يثبت في الذمم كالرهن في أموال المفلس.

٢- ولأن البائع يقدر على التصرف في الثمن قبل قبضه بالحوالة ويأخذ بدله، والمشتري لا يقدر على ذلك في المبيع إلا بقبضه، فأجبر البائع عليه ليتساويا فيه.

٣- إن استقرار العقد معتبر بوجود القبض، فوجب إجبار البائع عليه ليستقر العقد به.

---

(1) ابن جزيء، القوانين الفقهية ٢٧١.

(2) ابن قدامة، المغني (٤، ٢٩٢).

(3) الكاساني، بدائع الصنائع (٦، ١٥٣)

(4) حاشية الدسوقي (٣، ١٤٧)، الدردير، الشرح الصغير (٣، ٢٠٠).

(5) الشيرازي، المهذب (١، ٢٩٥).

(6) المصدر نفسه.

(7) ابن قدامة، المغني (٤، ٢٩٢).

(8) حاشية الدسوقي (٣، ١٤٧)، الدردير، الشرح الصغير (٣، ٢٠٠).

(9) الماوردي، الحاوي (٥، ٣٠٨)، ابن قدامة، المغني (٤، ٢٩٢).

ويظهر مما سبق أنه في حالة بيع عين بعين، فقد تساويا، فلا يجبر أحدهما قبل الآخر على التسليم، فما ذهب إليه جمهور الفقهاء من وجود عدل بينهما فيه من الحق والعدل للطرفين أو غير ذلك من الوسائل التي تحقق التساوي بينهما، وأما في بيع عين بدين، فيظهر أن لأصحاب القول الأول غرضاً من إبقاء يد البائع على المبيع حتى يتسلم الثمن، بجعله بمثابة الرهن، وفيه من توفية الحق مما يقلل من وجود نزاع أو خلاف بينهما. والله أعلم .

ثانياً: الرهن:

وأما في الرهن، فقد ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية[١] والمالكية[٢] والشافعية[٣] والحنابلة[٤] إلى أنه يسلم الراهن الدين أولاً، ثم يسلم المرتهن المرهون.

وعللوا ذلك:

بأن حق المرتهن يتعيّن بتسليم الدين، وحق الراهن متعين في تسليم المرهون، فيتم التسليم على هذا الترتيب تحقيقاً للتسوية بين الراهن والمرتهن.

وحتى لو سلّم الراهن بعض الدين، يظل المرهون كله، هنا بحاله على ما بقي من الدين بلا خلاف.

وذلك لأن الرهن كله وثيقة بالدين كله، وهو محبوس بكل الحق، والحبس بالدين الذي هو موجب الرهن لا يتجزأ، فيكون محبوساً بكل جزء من الدين لا ينفك عنه شيء، حتى يقضي جميع الدين، سواء أكان الرهن مما يمكن قسمته أم لا يمكن.

وبذلك تتحقق الغاية من الرهن، وهو توثيق الدين والاطمئنان في التعامل، فيتم تسليم الدين أولاً فينفك بذلك الرهن عن المرهون ثم يتم تسليم المرهون لصاحبه، فيصل كل ذي حق إلى حقه.

---

(1) ابن عابدين، رد المحتار، (٥، ٣٠٩)، الكاساني، بدائع الصنائع (٦، ١٥٣).

(2) ابن رشد، بداية المجتهد (٢، ١٤١).

(3) الشربيني، مغني المحتاج (٢، ٢٩٨).

(4) ابن قدامة، المغني (٤، ١٧٤).

المبحث الثالث

الاختلاف في الشرط والرد

وفي ذلك عدة صور منها:

أولاً: اختلاف رب المال والمضارب في قدر الجزء المشروط من الربح:

إذا اختلف رب المال والمضارب في قدر الجزء المشروط من الربح، فـادّعى العامـل النصف مثلاً، وقال رب المال الثلث، ولا بينة لأحدهما.

فقد اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال:

١- الحنفية[١] والحنابلة[٢] القول قول رب المال.

٢- وأما زفر من الحنفية[٣] فالقول قول العامل وهو رأي المالكية[٤].

٣- وأما الشافعية[٥] فعندهم يتحالفان.

وقد علّل أصحاب القول الأول ما ذهبوا إليه بما يلي:

١- بأن رب المال ينكر السدس الزائد واشتراطه له والقول قول المنكر[٦].

٢- ولأنه لو أنكر رب المال أنه شرط له شيئاً من الربح أصلاً كان القول قوله، فكذلك قدره[٧].

فان أقام كل واحد منهما بينة بما قاله، قدمت بينة العامل؛ لأن معها زيادة علم[٨].

---

(1) الشيخ نظام ، الفتاوى الهندية (٤،٣٥٣)، السمناني، روضة القضاة (٢،٥٩٤).

(2) البهوتي، كشاف القناع (٣،٥١٤)، ابن قدامة، المغني (٥،١٩٤)

(3) الشيخ نظام، الفتاوى الهندية (٤،٣٥٣).

(4) ابن رشد، بداية المجتهد (٢،٢٤٣).

(5) النووي، روضة الطالبين (٥، ١٤٥-١٤٦) ، اسنى المطالب (٢،٣٩٢).

(6) ابن قدامة، المغني (٥،١٩٤).

(7) السمناني، روضة القضاة (٢،٥٩٤).

(8) الشيخ نظام، الفتاوى الهندية (٤،٣٥٣).

وأما أصحاب القول الثاني، فقد علّلوا ما ذهبوا إليه:

بأنهما اتفقا على أنه يستحق من ربح المضاربة، وظاهر الحال التساوي، فكان القول قول العامل. كما أن العامل مؤتمن، فإذا أتى بما يشبه فإن القول قوله[١].

وأما القول الثالث فعلّلوا ذلك:

بأنهما اختلفا في عوض مشروط في العقد، فتحالفا كالمتبايعين إذا اختلفا في قدر الثمن، فان حلفا صار الربح كله لرب المال، ويرجع العامل بأجرة المثل لأنه لم يسلم له المسمى فرجع ببدل عمله[٢].

وقد رد على ما ذهب إليه الشافعية[٣]:

بأنهما لا يتحالفان لأنه اختلاف في المضاربة، فالمتبايعان يرجعان إلى رؤوس أموالهما بخلاف مسألة المضاربة.

وسبب الخلاف بين الفقهاء كما ذكر ابن رشد[٤]:

يعود إلى سبب ورود النص بوجوب اليمين على المدعى عليه، هل ذلك لأنه مدعى عليه أو لأنه في الأغلب أقوى شبهه؟.

فمن قال لأنه مدعى عليه قال القول قول رب المال.

ومن قال لأنه اقواهما شبهة قال القول قول العامل لأنه عنده مؤتمن.

وأما الشافعي فقاس اختلافهما هنا على اختلاف المتبايعين في ثمن السلعة.

الراجح:

أن اختلافهما على الجزء المشروط من الربح، إنما هو اختلاف على شرط، أحدهما يدّعي مقداراً معيناً، والآخر يدّعي زيادة عليه، وبما أنه لا بينة لأحدهما فيكون القول قول المنكر للزيادة، أي قول رب المال، وعلى الذي يدّعي الزيادة إثبات ذلك ببينة وإلا فالقول لمن أنكر، وبذلك يرجح رأي الحنفية والحنابلة في أن القول قول رب المال.

---

(1) ابن رشد، بداية المجتهد (٢،٢٤٣).
(2) الشيرازي، المهذب (٥١٠/١).
(3) ابن قدامة، المغني (٥،١٩٤).
(4) ابن رشد، بداية المجتهد (٢،٢٤٣).

كما اتفق الفقهاء على أن المضارب لو قال: لم أربح شيئاً أو لم أربح إلا كذا ولا بيّنة فالقول قوله لأن الأصل عدمه ولأنه أمين[١].

ثانياً: الاختلاف في رد المال في المضاربة:

أن ادّعى العامل رد المال، وأنكر رب المال ذلك ولا بينة.

فقد اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

١- ذهب الحنفية[٢] والمالكية[٣] والشافعية في الأصح[٤] وهو قول عند الحنابلة[٥] إلى أنه إذا اختلفا في رده أو عدم رده فالقول قول العامل؛ لأنه أمين؛ ولأن معظم النفع لرب المال، فالعامل كالمودع فيقبل قوله بيمينه.

إلا أن المالكية[٦] قيدوا ذلك بأن لا يكون العامل قد قبض المال ببينة مقصودة للتوثق بها، خوف دعوى الرد، وان قبضه بلا بينة أصلاً، أو ببينة لم يقصد بها التوثق فيقبل قول العامل لأنه أمين .

فإن قبض المال ببينة قصد رب المال بها التوثق خوفاً من دعواه الرد، فلا يقبل قوله إلا ببينة تشهد به.

٢- وذهب الحنابلة[٧] والشافعية في وجه[٨] أن القول قول رب المال مع يمينه.

وقد علّلوا ذلك بما يلي:

١- لأن رب المال منكر والقول قول المنكر بيمينه.

٢- ولأن العامل قبض المال لنفع له فيه، فلم يقبل قوله في رده كالمستعير وفارق المودع فإنه لا نفع له في الوديعة.

---

(1) الحموي، غمز عيون البصائر، ج١، ص٢٦، الحطاب، مواهب الجليل، ج٥ ص٣٧٢، حاشيتا القليوبي وعميرة، ج٣ ص ، البهوتي، كشاف القناع، ج٣ ص٥٢٣.

(2) السمناني، روضة القضاة (٢،٥٩٤).

(3) الدردير، الشرح الصغير (٢،٧٠٧).

(4) الشيرازي، المهذب (٥١٠،١)، النووي، روضة الطالبين (٥، ١٤٥).

(5) البهوتي، كشاف القناع (٣،٥١٤).

(6) الدردير، الشرح الصغير (٢،٧٠٧).

(7) ابن قدامة، المغني (٥،١٩٣)، البهوتي، كشاف القناع (٣،٥١٤).

(8) الشيرازي، المهذب (٥١٠،١).

وقد رد الحنابلة على قولهم بأن معظم النفع لرب المال يمنعه فهذا وأن سلم إلا أن المضارب لم يقبضه إلا لنفع نفسه، ولم يأخذه لنفع رب المال.

الراجح:

ما ذهب إليه أصحاب القول الأول؛ لأن العامل أمين فيقبل قوله، أما ما اختلف عليه الفقهاء من أن النفع هل للمضارب أم لرب المال، فان لكل منهما نفعاً منها وهو الربح، وبذلك فهما متساويان، إلا أن يد المضارب على المال يد أمانة فيقبل قوله في الرد.

ثالثاً: الاختلاف في اشتراط الخيار:

إذا اختلف المتعاقدان في اشتراط الخيار، فادّعى أحدهما الخيار وادّعى الآخر البت، ولا بينة.

فقد اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال:

١- ذهب الحنفية[(١)] وابن القاسم من المالكية[(٢)] والإمام أحمد في رواية[(٣)] الى أن القول قول الذي ينفي الخيار؛ لأنه متمسك بمقتضى العقد وهو اللزوم، فالأصل في العقود البت[(٤)].

٢-ذهب الشافعية[(٥)] وزفر من الحنفية[(٦)] والإمام أحمد في الرواية الثانية[(٧)] أنهما يتحالفان. وقد استدل الشافعية بالأدلة التي سبق ذكرها عند الاختلاف في أصل الأجل.

٣- وعند أشهب من المالكية[(٨)] أن القول قول مدعي الخيار؛ لأن الأصل عدم انتقال الملك[(٩)].

(1) الشيخ نظام، الفتاوى الهندية (٣، ٥٥).
(2) ابن فرحون، تبصرة الحكام (١، ٢٤٦).
(3) ابن تيمية، المحرر (١، ٣٣٢).
(4) القرافي، الذخيرة (٥، ٣٢٨).
(5) النووي، روضة الطالبين (٣، ٥٧٥).
(6) السمناني، روضة القضاة (٢، ٣٦٣).
(7) ابن قدامة، المغني (٤، ٢٦٩)، المرداوي، الإنصاف (٤، ٤٥٤).
(8) ابن فرحون، تبصرة الحكام (١، ٢٤٦).
(9) القرافي، الذخيرة، (٥، ٣٢٨).

سبب الخلاف[١]:

ان الحنفية –ما عدا زفر– يرون أنه اختلاف في غير المعقود عليه فلا يتحالفان، وأما الإمام الشافعي وزفر فقاسا ذلك على اختلافهما في المعقود عليه.

الراجح:

قول الذي ينفي الخيار؛ لأن العقد يقتضي اللزوم إلا إذا ثبت اشتراط الخيار، وبما أنه لا بينة، فيبقى العقد على لزومه، وعلى من يدّعي خلاف ذلك أن يثبت، وإلا فالأصل لزوم العقد.

رابعاً: الاختلاف في الرؤية –رؤية المبيع–:

إذا اختلف المتعاقدان في رؤية المبيع، بأن قال البائع للمشتري: رأيته، وقال المشتري: لم أره.

فقد اختلف الفقهاء في ذلك على:

١– ذهب الحنفية[٢] والمالكية[٣]: أن القول للمشتري مع يمينه.

٢– وذهب الشافعية[٤]: الى أن القول قول مثبت الرؤية –من بائع أو مشتر–.

وقد علّل الحنفية قولهم[٥]:

١– لأن البائع يدّعي أمراً عارضاً هو العلم بصفته، والمشتري ينكره، فكان القول للمشتري.

٢– ويمكن أن يعترض على ذلك[٦]:

بأن الغالب في البياعات كون المشتري رأى المبيع، فدعوى البائع رؤية المشتري تمسك بالظاهر؛ لأن الغالب هو الظاهر، والمذهب أن القول لمن يشهد له الظاهر لا لمن يتمسك بالأصل، إلا انه لم يعارضه ظاهر.

---

(1) القرافي، الذخيرة، (٥، ٣٢٨).

(2) السمناني، روضة القضاة، (٢، ٣٦٣).

(3) ابن الهمام، شرح فتح القدير (٦، ٣٢٤)

(4) الحطاب، مواهب الجليل، ج٤ ص٢٩٧.

(5) ابن الهمام، شرح فتح القدير (٦، ٣٢٤).

(6) المصدر نفسه (٣٢٤،٦).

فالوجه ان يكون القول للبائع في الرؤية، بخلاف ما إذا كان له خيار العيب، فإن القول للبائع في أنه غير المبيع مع يمينه.

وهذا لأن للمشتري في الخيارين فسخ العقد بلا توقف على رضا الآخر، بل على علمه على الخلاف، وإذا انفسخ يكون الاختلاف بعد ذلك اختلافاً في المقبوض، فالقول فيه قول القابض ضميناً كان أو أميناً كالغاصب والمودع، بخلاف الفسخ بالعيب فانه ينفرد المشتري بفسخه، ولكنه يدّعي ثبوت حق الفسخ في الذي أحضره والبائع ينكره.

وقد علّل الشافعية[1]قولهم:

بأن الأصح تصديق مدعي الصحة بيمينه، لأن الظاهر في العقود الصحة.

الراجح:

ما ذهب إليه الحنفية، فإن المشتري يدّعي عدم الرؤية، بينما البائع يدّعي الرؤية، ومن مصلحة البائع ادعاء هذا الأمر لتنفيذ العقد، وإن القول بادعائه يجعل المشتري يُقدم على التعاقد وهو يشعر بالغبن لعدم رؤيته المبيع فكان القول قول المشتري.

وأما إذا اختلفا في تغيّره بعد رؤيته: لو رأى المشتري المبيع قبل العقد، ثم بعد التعاقد ادّعى تغيره، فقال البائع لم يتغير، وقال المشتري تغير.

فعند الحنفية[2] وهو قول عند الشافعية[3] القول للبائع؛ لأن التغير حادث، وسبب اللزوم ظاهر، إلا إذا بعدت المدة على ما قالوا؛ لأن الظاهر شاهد للمشتري بخلاف ما إذا اختلفوا في الرؤية، لأنها أمر حادث والمشتري ينكره، فيكون القول قوله، فالأصل عدم التغير. وأما المالكية[4]: فالقول قول البائع بيمنه أن حصل شك عند أهل المعرفة بتغير المبيع في تلك المدة أم لا؟ فإن قطعوا فبلا يمين.

وأما الأصح عند الشافعية[5] فالقول قول المشتري، لأنه يؤخذ منه الثمن، فلا يجوز من غير رضاه؛ لأن البائع يدّعي اطلاعه على المبيع وهو بهذه الصفة، والمشتري ينكر ذلك[6].

---

(1) الرملي، نهاية المحتاج (٤،١٦٧).

(2) ابن الهمام، شرح فتح القدير (٦، ٣٢٤).

(3) السيوطي، الأشباه ص ٧٠.

(4) الدردير، الشرح الصغير (٣، ٤٣) وهذا الرأي للصاوي في حاشية الكتاب المذكور.

(5) الشيرازي، المهذب (١، ٣٥١).

(6) السيوطي، الأشباه ص ٧٠.

والراجح:

ما ذهب إليه الحنفية، لأن الرؤية قد ثبتت وأما ادّعاء تغير المبيع فهو أمر عارض فكان القول قول البائع في عدم التغير، إلا إذا رافق هذا الادّعاء قرائن كما في طول المدة، أمـــا فـــي الأحوال العادية فالأصل عدم التغير فيكون القول قول البائع.

الفصل السادس

الاختلاف في العيب

المبحث الأول

تعريف العيب وأثره

تمهيد

شرعت المعاملات تلبية لحاجات الناس، ولكن قد يظهر عيب في المعقود عليه يُشعر أحد المتعاقدين بالضرر والغبن، فيجعله غير راض على ما أقدم عليه من تعاقد.

ولما كان العقد في الفقه الإسلامي قائماً على الرضا بين المتعاقدين مع حرص الشريعة على بقاء هذا الرضا مستمرا، فإذا ما ظهر عيب في المعقود عليه فقد أخل بالرضا، وللمتضرر المطالبة برفع الضرر عنه.

ولكن قد لا توجد بينة، أو ينكر المتعاقد الآخر وجود العيب أصلاً، أو يدّعي أنه طرأ بعد التعاقد ونحو ذلك، فمن الذي يُقبل قوله؟

وقبل بيان ذلك لا بد من معرفة معنى العيب وضابطه عند الفقهاء.

معنى العيب:

في اللغة:

العيب: الوصمة[(١)].

وعاب الشيء: صار ذا عيب.

العيب: الوصمة وهو النقيصة وما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة[(٢)].

فالمعنى اللغوي يلتقي مع المعنى الاصطلاحي، ففي التهذيب[(٣)] ذكر أقسام العيب بعد بيان معناه اللغوي كما في العيب المؤثر في المبيع الذي يثبت بسببه الخيار وهو ما نقصت به المالية أو الرغبة أو الغبن.

وفي الإجارة ما يؤثر في المنفعة تأثيراً يظهر به تفاوت الأجرة وغير ذلك فدل على التقارب في المعنى.

---

(1) ابن منظور، لسان العرب، (٩، ٤٩٠).

(2) بطرس، البستاني، (١٩٨٧)، محيط المحيط، لبنان،مطابع تيبو، ص ٦٤٦.

(3) النووي، محي الدين بن شرف، تهذيب الأسماء واللغات. إدارة الطباعة المنيرية، مصر، ج٢ ص٥٣.

ومع ذلك فإن للفقهاء عدة تعريفات للعيب:

فعند الحنفية[١]: العيب هو ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة، مما يعد به ناقصاً والمقصود بأصل الفطرة السليمة أي أنه عارض وليس أصلياً في طبيعة الشيء فالأصل انتفاؤه.

وعرّفه أيضاً[٢] بأنه كل ما يوجب نقصان الثمن في عادة التجار، نقصاناً فاحشاً أو يسيراً.

ومن المالكية[٣] من عرفه بأنه ما نقص عن الخلقة الطبيعية أو عن الخلق الشرعي نقصانا له تأثير في ثمن المبيع.

ويتضح من هذا التعريف اقتصار ذلك على عقد البيع، لقولهم (المبيع) وهذا يدل على الغالب؛ لأن عقد البيع من العقود الشائعة.

وقولهم (نقص عن الخلقة الطبيعية) أي أن العيب في الأصل ليس من ذات المعقود عليه، فاليد فيها خمسة أصابع، فإن وجد إصبع سادس فهو عيب، وليس المقصود بالنقص الأقل.

وأما الشافعية[٤] فإن الأصل السلامة عن العيوب المذمومة وإلاّ يثبت الخيار بالقضاء العرفي.

وقوله مذموم أي غير مراغوب به.

واقتصار الأمر على العرف، لما للأعراف من دور في بيان ما كان سائداً في زمن دون زمن.

ومنهم من عرّفه[٥] بأنه كل ما ينقص العين أو القيمة نقصاً يفوت به غرض صحيح إذا غلب في جنس المبيع عدمه، سواء أقارن العقد أم حدث بعده قبل القبض.

فالشافعية[٦] قيدوا نقص العين أو القيمة بما يفوت غرضا صحيحاً.

وأما أن حدث بعد العقد قبل القبض، فلأن المبيع حينئذ في ضمان البائع.

---

(1) ابن الهمام، شرح فتح القدير (٥، ١٥١).

(2) الكاساني، بدائع الصنائع، (٥، ٢٧٤).

(3) ابن رشد، بداية المجتهد (٢، ١٧٣).

(4) الغزالي، أبو حامد، (١٩٩٧)، الوجيز. (ط١). بيروت: دار الأرقم ج١، ص٣٠٢.

(5) حاشية القليوني (٢، ١٩٨) وما بعدها.

(6) الشربيني، مغني المحتاج (٢، ٥٢).

وأما الحنابلة[1] فالعيوب هي النقائص الموجبة لنقص المالية في عادات التجار.

وقد علل الحنابلة ذلك بأن المبيع إنما صار محلا للعقد باعتبار صفة المالية، فما يوجب نقصاً منها يكون عيباً.

وتحديد إن كان عيباً أو لا، يرجع عندهم إلى العادة في عرف أهل الشأن وهم التجار.

ويتشابه هذا مع ما ذكره صاحب البدائع[2] في بيان العيب في البيع بأنه كل ما يوجب نقصان الثمن في عادة التجار، نقصاناً فاحشاً أو يسيراً، فهو عيب؛ لأن التضرر بنقصان المالية وذلك بانتقاص القيمة.

والمراد بالثمن القيمة، لأنه في الغالب يكون الثمن مساوياً للقيمة.

واما التجار أي أغلبهم، فان اختلف التجار فقال بعضهم أنه عيب، والبعض الآخر ليس بعيب، فلا رد، إذ ينبغي أن يكون العيب بيناً عند الكل[3].

ويتضح من هذه التعريفات بعض ما يميز به العيب ومنها:

١- أن لا يعد من ذات الشيء، أي أصله، ويمكن القياس في ذلك على الأقران والأمثال. فالشاة مثلاً يستدل ان كان بها عيب أم لا حسب قريناتها وأمثالها، وكذلك حسب الغرض منها ان كانت للأضحية أم للأكل وهو ما بينه الشافعية[4] في تعريفهم للعيب.

٢- أن يكون للعيب تأثير في ثمن المبيع، وهو تأثير سلبي بحيث ينقص من القيمة مما يشعر أحدهما بالغبن[5].

٣- أن للعرف دوراً في تحديد العيب، سواء أكان عرف التجار أم أرباب الصنائع.

وهناك ضوابط أخرى ذكرها الفقهاء في كتبهم[6].

---

(1) الكاساني، بدائع الصنائع (٥، ٢٧٤).

(2) ابن قدامة، المغني، (٤، ٢٦٣).

(3) حاشية ابن عابدين(٧، ١٢٢).

(4) حاشية قليوبي (٢، ١٩٨– ١٩٩).

(5) السرخسي، المبسوط (١٣،١٠٦)، تكملة المجموع (١٢، ٣٤٤)، ابن قدامة، المغني (٤، ١٣٧).

(6) المراجع السابقة مع الشيرازي، المهذب (١، ٢٨٦).

أثر العيب على انعقاد العقد:

ولكن لو باع أحدهم متاعاً وبه عيب، وكتم ذلك عن المشتري، فهل يعد عقد البيع صحيحاً أم باطلاً؟

كما لو باع أحدهم لآخر سيارة، وبها عطل لا يظهر إلا عند استخدامها في المسافات الطويلة (البعيدة)، وتم عقد البيع دون بيان ذلك، فما حكم العقد؟

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن البيع صحيح مع المعصية(١).

وذلك للأدلة التالية:

١- بحديث المصرّاة:

أن ثابتاً مولى عبد الرحمن بن زيد أخبره: أنه سمع أبا هريرة يقول: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (من اشترى غنماً مصرّاة فاحتبسها، فإن رضيها أمسكها، وإن سخطها ففي حلبتها صاع من تمر)(٢).

وجه الدلالة:

أن الرسول صلى الله عليه وسلم لم يجعل العقد باطلاً، وإنما ترك الخيار للمشتري بالرد أو الإمساك، فدل على أن العقد صحيح إلا أن للمشتري حقاً لرفع ما ألحقه من ضرر بوجود عيب التصرية.

٢- قوله صلى الله عليه وسلم: (البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، أو قال: حتى يتفرقا، فإن صدقا وبينا بورك لهما في بيعهما، وان كتما وكذبا محقت بركة بيعهما)(٣).

وجه الدلالة:

أن النبي صلى الله عليه وسلم بيّن الاثم المترتب على الكتمان، وهو محق البركة، إلا أنه لم يمنع تنفيذ العقد، فدل على أنه صحيح.

٣- قوله صلى الله عليه وسلم: (لا يحل لامرئ مسلم أن يبيع سلعة يعلم أن بها داء إلا أخبر به)(٤).

---

(1) تكملة المجموع (١٢،١١٢-١١٤) ابن قدامة، المغني (٣، ٣٥٥).

(2) صحيح البخاري ص ٣٧٤.

(3) صحيح البخاري ص ٣٦٣.

(4) صحيح البخاري ص(٣، ٧٦).

وجه الدلالة:

أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يصرح ببطلان ما أقدم عليه من تعاقد، مع ما يلحقه من إثم.

فالنهي الوارد في العقد ليس لأصله، وإنما لمعنى فيه[١]، فيثبت الملك للمشتري في المبيع للحال؛ لأن ركن البيع مطلق عن الشرط، وإنما يثبت فيه دلالة شرط سلامة المبيع من العيوب، فإذا لم تتوافر السلامة تأثر العقد في لزومه لا في أصل حكمه[٢].

الأثر المترتب على وجود العيب:

أثبت الشارع خياراً عند ظهور العيب، وقد اصطلح على تسميته (خيار العيب) ولا يشترط ذكره عند العقد –أي اشتراطه– وإنما هو مشروط عرفاً، حيث للمتضرر الحق في اختيار ما يناسبه من رد أو امساك[٣].

ففي البيع مثلا ينبغي سلامة المبيع عن العيب، ووصف السلامة ينتفي بوجود العيب، فعند فواته يتخيّر؛ لأن الرضا داخل في حقيقة البيع، وعند فواته ينتفي الرضا، فيتضرر بلزوم ما لا يرضى به، فأثبته الشارع دون أن يسعى الإنسان للحصول إليه[٤].

فيثبت هذا الخيار للعاقد المتضرر من وجود العيب.

إلا أن الفقهاء اختلفوا في تحديد ما يثبت للمشتري عند قيام خيار العيب في عقد البيع:

١– فذهب الحنفية[٥] والشافعية[٦] والمالكية[٧] –في حالة ما إذا كان العيب كثيراً– إلى أنه مخيّر بين أمرين:

أ– إما أن يفسخ العقد، ويرد المبيع المعيب ويسترد الثمن.

ب– أو أن يمضي العقد ويمسك المبيع المعيب بجميع الثمن، دون أن يرجع على البائع بنقصان المعيب وهو ما يسمى بالأرش، إلاّ إذا تعذر الرد.

---

(1) الموسوعة الفقهية (٢٠ ،١١٥).

(2) الكاساني، بدائع الصنائع (٥، ٢٧٣).

(3) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته (٤ ،٥٥٧).

(4) الزيلعي، تبيين الحقائق (٤،٣٣٤)، الموسوعة الفقهية (٢٠،٤٤).

(5) الكاساني، بدائع الصنائع (٥،٢٨٨–٢٨٩)، السرخسي، المبسوط (١٣،١٠٣)، الفتاوى الهندية (٣،٦٦).

(6) الرملي، نهاية المحتاج (٤،٢٤)، تكملة المجموع (١٢،١٦٥).

(7) ابن جزيء، القوانين الفقهية ص٢٩٠.

وقد علّلوا ذلك:

بأن المشتري أراد المبيع سليماً، فلمّا وجد به عيباً خُيّر، فإما أن يرضى به كما هو، وإما أن يتركه ويسترد الثمن.

على أنه لا حق له في أخذ قيمة النقص الناشئة عن وجود العيب؛ لأن الأرش شرع عند تعذر الرد، فلا يجمع بين الأصل والتعويض.

٢- وذهب الحنابلة[١] إلى أنه مخير بين أمرين:

أ- إما الرد -ما سبق-.

ب- أو الإمساك مع الأرش ولو لم يتعذر الرد.

وقد علّل ذلك:

بأن من لوازم الإمساك الأرش، إلا إذا أدى إلى الربا، فيتخير بين الرد أو الإمساك بلا مقابل، كما في حالة الشراء عند اتحاد الجنس؛ لأن أخذ الأرش يؤدي إلى ربا الفضل.

أما في غير ذلك فله أخذ الأرش؛ لأنه ظهر على عيب لم يعلم به، فكان له الأرش، كما لو تعيب عنده، كما أنه قد فات عليه جزء من المبيع فكان له المطالبة بعوضه.

(1) البهوتي، كشاف القناع (٣،٢١٨)، الرحيباني، مطالب أولي النهي (٣،١١٢)، ابن قدامة، المغني (٢٦٠،٤)، البهوتي،شرح منتهى الارادات (١،٣٦٢)

المبحث الثاني

حكم الاختلاف في العيب

لو ظهر للمشتري وجود عيب في المبيع بعد التعاقد، وادّعى عدم العلم به وطالب بما أثبته الشارع له من حق، إلا أن البائع أنكر وجود العيب، أو ادّعى بأن المشتري كان على علم بوجود ذاك العيب وغير ذلك ولا بينة للمشتري، فهل يثبت للمشتري من حق أم يصدق البائع؟ قبل بيان ذلك لابد من تحديد المجال الذي حدث فيه الخلاف، فالاختلاف في العيب له عدة مجالات منها:

١- الاختلاف في قدم العيب وحدوثه.

٢- الاختلاف في كون العيب ذا أهمية (مؤثرٍ).

٣- ادعاء الجهل بالعيب وعدم العلم به.

٤- ادعاء البراءة من العيب.

المطلب الأول

الاختلاف في قدم العيب وحدوثه

يقصد بقدم العيب كما حددته مجلة الأحكام العدلية[١] بأنه ما يكون موجوداً في المبيع وهو عند البائع.

فإما أن يكون العيب موجودا في المبيع وقت العقد، أو حدث بعده وهو عند البائع قبل التسليم[٢].

وإن قبض المشتري المبيع، ثم ظهر عيب فيه وادّعى المشتري أن العيب قديم، وطالب بما يثبت له من حق، وادّعى البائع أنه لم يحدث عنده، وإنما حدث عند المشتري بعدما تسلمه، ولا بينة للمشتري.

فينظر في ذات العيب:

---

(1) مجلة الأحكام العدلية، مادة ٣٣٩.

(2) مرشد الحيران، مادة ٥١٦.

فإن كان العيب لا يحدث مثله عادة في يد المشتري، كانهدام حائط في دار بعد شـــرائها ونحو ذلك، فيكون القول قول المشتري[١].

وأما إن كان مما يحتمل حدوثه عند البائع وعند المشتري، كما في خرق الثوب، فادّعى المشتري أنه قديم، وادّعى البائع أنه حدث عند المشتري، ولا بينة لأحدهما.

فقد اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال:

١- ذهب الحنفية[٢] والمالكية[٣] وقول عند الشافعية[٤] وقول لأحمد في أظهر الروايتين[٥] إلى أن القول قول البائع بيمينه.

٢- في رواية أخرى للإمام أحمد[٦] إلى أن القول قول المشتري بيمينه، فيحلف ويكـــون له الخيار.

٣- وفي قول للشافعية[٧] أنهما يتحالفان.

وقد علّل أصحاب القول الأول:

١- أن الأصل سلامة المبيع، وأن من يدّعي خلاف الأصل عليه البينـــة، وإلا فـــاليمين على المنكر.

والبائع متمسك بالأصل، فعلى المشتري البينة، وإلا فالقول قول البائع مع يمينه لموافقته للأصل[٨].

٢- أن المشتري يدّعي على البائع استحقاق فسخ البيع والبائع ينكـــر، والأصـــل عـــدم استحقاق الفسخ[٩].

---

(1) الشيخ نظام، الفتاوى الهندية(٣، ٩٢)، حاشية الخرشي (٥، ٥٣١).

(2) العيني، البناية (٦، ٣٥٢).

(3) ابن جزئ، القوانين الفقهية ص٢٨٨.

(4) النووي، روضة الطالبين (٣، ٤٨٨).

(5) ابن مفلح، الفروع (٤، ١١٢).

(6) ابن قدامة، المغني (٤، ٢٧١)،ابن مفلح، الفروع (٤، ١١٣).

(7) النووي، روضة الطالبين (٣، ٥٨٦).

(8) ابن قدامة، المغني(٤، ٢٧٢).

(9) ابن مفلح، المبدع (٤، ٩٧).

وأما أصحاب القول الثاني فعلّلوا قولهم:

بأن الأصل عدم القبض في الجزء الفائت، واستحقاق ما يقابله من الثمن ولزوم العقد في حقه، فكان القول قول من ينفي ذلك، كما لو اختلفا في قبض المبيع[1].

واما أصحاب القول الثالث فكان تعليلهم:

بأن كلا من البائع والمشتري مدع ومدعى عليه، فالبائع يدّعي حدوث العيب عند المشتري، والمشتري يدّعي حدوث العيب عند البائع، ولا بينة.

وسبب الخلاف بينهم:

إن الحنفية[2] ينظرون إلى العيب على أنه نقص وصف، كما لو فات الوصف المرغوب فيه المشروط من العقد، لكون السلامة كالمشروط في العقد.

فإذا اختار الأخذ أخذه بجميع الثمن ولا ينقص في الثمن شيئاً؛ لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن بالعقد[3] ولكونها تبعاً، فلا تكون أصلا.

فالأوصاف لا يكون لها حصة إلا في حالة الاتلاف قصداً، كما لو حدث العيب بفعل البائع، وإما غير ذلك فلا.

بينما الحنابلة[4] ينظرون إلى العيب على أنه نقص أصل، فقد فات عليه جزء من المبيع فكانت له المطالبة بعوضه، كما لو اشترى عشرة أذرع من القماش ثم ظهر أنها تسعة.

وبالنظر إلى ما استدل به كل فريق، فإن رأي الجمهور فيه من الوجاهة، حيث أن الأصل سلامة المبيع، وادعاء غير ذلك يتطلب البينة وإلا فيمين المنكر، وبما أن البائع قد أنكر حدوث العيب في المبيع عنده ، فليس عليه إلا اليمين، وأما المشتري فمطالب بإحضار البينة أو تقبل المبيع كما هو.

(1) ابن قدامة، المغني (٤، ٢٧١).

(2) الزيلعي، تبيين الحقائق (٤، ٣٣٤).

(3) ابن الهمام، شرح فتح القدير (٦، ٣٢٩).

(4) ابن قدامة، المغني (٤، ٢٦٠).

المطلب الثاني

الاختلاف في كون العيب ذا أهمية (مؤثرٍ)

بمعنى هل وجود أي عيب يثبت للمشتري خيار العيب، أم لا؟.

للفقهاء آراء في ذلك:

فعند الحنفية[١] والحنابلة[٢] سواء أكان العيب يسيراً أو فاحشا فله الخيار، إلا أن العيب اليسير عندهم ما ينقص من الثمن أو القيمة.

وأما المالكية[٣] فإنهم لم يفرّقوا بين العيب اليسير والكثير إلا في العقارات، فإن كان يسيرا لم يجب الرد، وإنما وجبت قيمة العيب وهو الأرش، وإن كان كثيرا وجب الرد.

وأما غيرها، فلا خلاف في أن المشتري مخير بين أن يرد المبيع ويأخذ الثمن، أو يمسك ولا شيء له، فالأصل أن كل ما حط القيمة أنه يجب به الرد.

وأما الشافعية[٤]، فبينوا أن العيب ما ينقص العين أو القيمة.

على أنه لو اختلف المتعاقدان في بعض الصفات، هل هي عيب أم لا؟

فعند الشافعية القول قول البائع مع يمينه، وهذا إذا لم يعرف الحال من غيرهما، فإن قال واحد من أهل المعرفة به أنه عيب، يثبت الرد.

ولا خلاف بين الفقهاء في أخذ رأي أهل الخبرة والشأن في تحديد ما إذا كان عيبا أم لا، وبالتالي يمكن فصل الخصومة بالرجوع إلى أهل الخبرة كالتجار في المبيع وغير ذلك، فيكون قولهم الفصل في كون العيب مؤثراً أم لا.

(1) الشيخ نظام، الفتاوى الهندية (٣، ٦٦)، الكاساني، بدائع الصنائع (٥، ٢٧٤).

(2) ابن قدامة، المغني (٤، ٢٤٣)، ابن مفلح، الفروع (٤، ١٠٤).

(3) ابن رشد، بداية المجتهد، (٢، ١٧٧-١٧٨).

(4) المنهاج مع مغني المحتاج، (٢، ٥١) النووي، روضة الطالبين، (٣، ٤٨٩).

المطلب الثالث

ادعاء الجهل بالعيب

لو ادّعى البائع أن المشتري كان على علم بالعيب في المبيع، فلاحق له في الرد، وأنكر المشتري علمه، ولا بينة لأحدهما في ذلك.

فإن كان العيب بارزاً لا يخفى عند النظر إلى المبيع، فقد ذكر الفقهاء أن المتعاقد يعد عالماً به.

وإما أن كان العيب لا يُعاين وأنكر المشتري علمه، فقد ذهب جمهور الفقهاء[١] إلى أن القول للمشتري بيمينه.

لأن ادّعاء علم المشتري يتطلب بينة، وبما أن البائع لا بينة له، فما على المشتري إلا اليمين لقوله صلى الله عليه وسلم: (البينة على المدعي واليمين على من أنكر)[٢].

وعند المالكية[٣] إذا كان بالمبيع عيب يستوي فيه جهل البائع والمشتري كالسوس في داخل الخشب، فإنه لا يكون عيباً، ولا قيمة للمشتري على البائع في نظير ذلك.

المطلب الرابع

البراءة من العيب

وهي أن يشترط البائع على المشتري التزام كل عيب يجده في المبيع على العموم، بحيث لا يحق للمشتري الخيار في رد المبيع إذا وجد عيبا في المعقود عليه[٤]، فيلزم المشتري به، ولا ضمان على البائع.

ولكن اختلف الفقهاء في مجال البراءة من العيب، فهل تشمل كل عيب سواء أعلمه البائع أم لم يعلمه، أم أنها مقتصرة على ما علم به البائع وبينه للمشتري.

---

(1) الشيخ نظام، الفتاوى الهندية(٩٣،٣)، ابن جزئ، القوانين الفقهية ص٢٨٨، النووي، روضة الطالبين، (٣،٤٨٩)، ابن قدامة، المغني (٤، ٢٣٨)

(2) سبق تخريجه.

(3) ابن جزئ ،القوانين الفقهية ص٢٨٨.

(4) ابن رشد ، بداية المجتهد (٢، ١٨٤).

بمعنى هل تجوز البراءة المطلقة، أم أنها مقيدة بأمر ما؟

للفقهاء أقوال في ذلك:

ذهب الحنفية[١]: إلى أن الإبراء صحيح، حتى لو لم يذكرها بالتفصيل، لأن الجهالة في الإبراء لا تفضي إلى النزاع، وإن تضمن التمليك.

وذهب الشافعية في الأشهر[٢] عندهم والحنابلة[٣] ورواية عند مالك[٤] أنه لا يبرأ البائع إلا من عيب يريه للمشتري.

واستثنى الشافعية[٥] أنه يبرأ من عيب باطن في الحيوان لم يعلم به.

وقد عللوا ذلك؛ لأن الحيوان يفارق ما سواه لأنه يتغذى بالصحة السقم، وقلما يبرأ من عيب يظهر أو يخفى فدعت الحاجة إلى التبري من العيب الباطن فيه؛ لأنه لا سبيل إلى معرفته وتوقيف المشتري عليه.

وهذا المعنى لا يوجد في العيب الظاهر ولا في العيب الباطن في غير الحيوان، فلم يجز التبري منه مع الجهالة.

وسبب منع الإمام مالك[٦] -في رواية- البراءة المطلقة؛ لأن ذلك من باب الغرر فيما لم يعلم البائع، ومن باب الغش والغبن فيما علمه، ولذلك اشترط الإمام مالك جهل البائع.

وفي رواية ثانية يجوز في الرقيق والحيوان.

وفي رواية ثالثة (الأشهر) أن البراءة جائزة مما يعلم البائع من العيوب في الرقيق خاصة.

ويترتب على ذلك:

ان البائع الذي اشترط البراءة، لا يضمن العيوب التي تظهر من وجهة نظر فقهاء

---

(1) الكاساني، البدائع الصنائع (٥، ٢٧٦).

(2) الشافعي، الأم، (٧، ٩٩).

(3) ابن قدامة، المغني ج٤ ص٢٧٩.

(4) ابن رشد، بداية المجتهد (٢، ١٨٤).

(5) الشيرازي، المهذب (١، ٣٨١)، فيض الإله (٢، ٢٧).

(6) ابن جزئ، القوانين الفقهية ٢٢٨، ابن رشد، بداية المجتهد (٢، ١٨٤).

الحنفية[١]؛ لأن المشتري قد رضي بالمبيع حتى ولو ظهرت به عيوب، فهو قد أبرأ البائع من كل عيب حتى ولو ظهر بعد البيع وقبل القبض.

أما عند الشافعية[٢] فالأصح عندهم أن البراءة تتناول فقط العيوب وقت البيع، أما ما يحدث بعدها فلا تتناوله البراءة؛ لأنه إسقاط للشيء قبل ثبوته.

حكم العيب الحادث بعد العقد قبل القبض:

اختلف الفقهاء في لو حدث العيب بعد العقد قبل القبض:

أ- إن كانت البراءة عامة: بأن قال أبرأتك من كل عيب مطلقاً.

فهل يشمل الحادث بعد القبض أم لا؟

١- ذهب الإمام أبو حنيفة وأبو يوسف إلى أنه[٣] أن أطلقها دخل فيه القائم والحادث؛ لأن البراءة المطلقة تتناول الموجود عند العاقد والحادث بعده قبل القبض.

٢- وذهب المالكية والشافعية وزفر ومحمد من الحنفية[٤].

إلا أنه لا يدخل الحادث وله أن يرده.

وبناء على ذلك، ان كانت البراءة عامة، واختلفا هل كان العيب موجوداً عند العقد فدخل تحت البراءة، أم هو حادث؟

١- قال الشافعية[٥] ومحمد من الحنفية[٦]: يكون القول قول البائع مع يمينه، لأن بطلان حق المشتري في الفسخ ظاهر بشرط البراءة، وثبوت حق الفسخ بعيب حدث باطن، فإذا ادّعى باطنا ليزيل به ظاهرا لا يصدق إلا بحجة.

كما أن البراءة عامة، والمشتري يدّعي حق الرد بعد عموم البراءة عن حق الرد بالعيب، والبائع ينكر ذلك، فكان القول قوله[٧].

---

(1) الكاساني، بدائع الصنائع (٥، ٢٧٦)، ابن الهمام، شرح فتح القدير (٦، ٣٦٥).

(2) الشربيني، مغني المحتاج (٢، ٥٣).

(3) الكاساني، بدائع الصنائع (٥، ٢٧٦).

(4) الشيخ نظام، الفتاوى الهندية ٣،١٠١ وما بعدها الشربيني، مغني المحتاج (٢، ٥٣).

(5) الشربيني، مغني المحتاج (٢، ٥٣).

(6) السرخسي، المبسوط (١٣، ٩٤)، ابن الهمام، فتح القدير (٦، ٣٦٥).

(7) الكاساني، بدائع الصنائع (٥، ٢٧٧).

٢- وأما زفر من الحنفية[1] فالقول قول المشتري.

لأنه هو المسقط لحقه ، فيكون القول قوله في بيان ما أسقط.

وأما اختلافهم بشأن الحادث هل يدخل في البراءة المطلقة أم لا؟

فكما ذكر، فقد ذهب الإمام أبو حنيفة وأبو يوسف إلى أن إطلاقها يجعل القائم والحادث داخلاً فيها.

وأما محمد وزفر فلا يدخل الحادث وله أن يرده.

وقد علّل أبو يوسف[2] قوله:

بأن لفظ الإبراء يتناول الحادث نصاً ودلالة.

أمّا نصا؛ فلأنه عم البراءة عن العيوب كلها، أو خصها بجنس من العيوب على الإطلاق، فتخصيصه أو تقييده بالموجود عند العقد لا يجوز إلا بدليل.

وأما دلالة فلأن غرض البائع من هذا الشرط (البراءة) هو انسداد طريق الرد، ولا ينسد إلا بدخول الحادث، فكان داخلاً فيه دلالة.

وأما محمد[3] فقد علّل قوله:

بأن الإبراء عن العيب يقتضي وجود العيب، لأن الإبراء عن المعدوم لا يتصور، والحادث لم يكن موجودا عند البيع، فلا يدخل تحت الإبراء.

وقد رد أبو يوسف[4] على قول محمد بما يلي:

أن هذا إبراء عن الثابت ولو تقديراً، ويدل على ذلك أمران:

١- أن العيب الحادث قبل القبض كالموجود عند العقد، ولهذا يثبت حق الرد به كما يثبت بالموجود عند العقد.

وذلك بأن:

---

(1) السرخسي، المبسوط (١٣، ٩٤).

(2) الشيخ نظام، الفتاوى الهندية (٣، ١٠١ وما بعدها)، ابن الهمام، شرح فتح القدير(٦، ٣٦٥) الكاساني، بدائع الصنائع (٥، ٢٧٧).

(3) المراجع السابقة.

(4) المراجع السابقة.

سبب حق الرد موجود وهو البيع؛ لأن البيع يقتضي تسليم المعقود عليه سليماً عن العيب، فإذا عجز عن تسليمه بصفة السلامة يثبت له حق الرد ليسلم له الثمن، فكان وجود تسليم المبيع سببا لثبوت حق الرد، والبيع سبب لوجود تسليم المبيع، فكان ثبوت حق الرد بهذه الوسائط حكم البيع السابق، والبيع سبب، فكان هذا إبراء عن حق الرد بعد وجود سببه، وسبب الشيء إذا وجد يجعل هو ثبوتا تقديرا لاستحالة خلو الحكم عن السبب، فكان إبراء عن الثابت تقديراً.

ولهذا صح الإبراء عن الجراحة، لكون الجرح سبب السراية، فكأن إبراء عما يحدث من الجرح تقديراً[١].

٢- ان هذا إبراء عن حق ليس بثابت، لكن بعد وجود سبب وهو البيع، وأنه صحيح كالإبراء من الجرح.

بخلاف الإبراء عن كل حق له، فإنه لا يتناول الحادث؛ لأن الحادث معدوم للحال بنفسه وبسببه، فلو انصرف إليه الإبراء لكن ذلك إبراء عما ليس بثابت أصلا، لا حقيقة ولا تقديرا لانعدام سبب الحق، فلم ينصرف إليه[٢].

ب- وأما أن أضافها إلى عيب يحدث في المستقبل.

بأن قال: أني بريء من كل عيب يحدث بعد البيع قبل القبض، فعند الحنفية[٣] وهو الصحيح عند الشافعية[٤] ان البيع بهذا الشرط فاسد؛ لأن الإبراء لا يحتمل الإضافة؛ لأنه وإن كان إسقاطا ففيه معنى التمليك؛ ولهذا لا يحتمل الارتداد بالرد، ولا يحتمل الإضافة إلى زمان في المستقبل نصا كما لا يحتمل التعلق بالشرط، فكان هذا بيعاً دخل فيه شرط فاسد يوجب فساد البيع، لأن فيه إسقاطا للشيء قبل ثبوته فلم يسقط.

ج- أما ان قيد البراءة بعيب قائم حال العقد:

فلا يتناول العيب الحادث بعد البيع قبل القبض بلا خلاف، سواء أكانت البراءة عامة بأن قال: أبرأتك من كل عيب به، أم كانت خاصة بأن قال: أبرأتك مما به من عيب.

لأن اللفظ المقيد بوصف لا يتناول غير الموصوف بتلك الصفة، فالبراءة المقيدة بوصف، لا تتناول إلا الموجود حالة العقد.

---

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٥ ص٢٧٧.

(2) المصدر نفسه.

(3) الكاساني، بدائع الصنائع، (٥، ٢٧٧).

(4) الشربيني، مغني المحتاج (٢، ٥٣)، النووي، روضة الطالبين (٣، ٤٧١).

وبذلك لو وقعت الخصومة بين البائع والمشتري هل حدث بعد العقد أو قبلـــه؟ فـــالقول للمشتري.

لأن المشتري يدّعي العيب لأقرب الوقتين، والبائع يدّعيه لأبعدهما، فكان الظاهر شاهدا للمشتري، وذلك لأن عدم العيب أصل، والوجود عارض، فكان إحالة الموجود إلى أقرب الوقتين أقرب إلى الأصل، فكان القول قول المشتري(١).

(1) الكاساني، البدائع (٥، ٢٧٦).

الفصل السابع

الاختلاف في عقود معينة

المبحث الأول

عقد النكاح

تمهيد:

شرع الله -عز وجل- النكاح لما فيه من إحصان المرء، وإقامة الأسرة التي يتم بها تنظيم المجتمع الإسلامي كما في حفظ النوع الإنساني من الزوال[١].

وقد أوجب الإسلام للمرأة بموجب عقد النكاح المهر، لما فيه من تكريم لها.

على أن المهر الواجب نوعان:

١- المهر المسمى :

وهو العوض المسمى في عقد النكاح والمسمى بعده لمن لم يسم لها في العقد[٢].

٢- مهر المثل: وهو القدر الذي يرغب به في أمثال الزوجة[٣].

وعلى الرغم من وجود آراء عدة للفقهاء فيما يصلح أن يكون مهراً والشروط المتعلقة به إلا أنه قد يحصل اختلاف بين الزوجين في مقدار المهر، بأن تدّعي الزوجة مهراً يخالف ما يدّعيه الزوج، أو يختلفا في تسميته بأن يدّعي أحدهما تسمية المهر وينكر الآخر ذلك، وغير ذلك.

وفي هذا البحث سيتم بيان بعض أحكام الاختلاف بين الزوجين فيما يتعلق بالمهر.

(1) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته ج٧،ص٣١

(2) الرحيبأني، مطالب أولي النهى (٥،١٧٣)

(3) النووي، روضة الطالبين (٧،٢٨٦)

المطلب الأول

الاختلاف في أصل النكاح

إذا ادّعى رجل على امرأة أنها زوجته، وأنكرت، أو ادعت امرأة على رجل أنه زوجها وأنكر.

لا خلاف بين الفقهاء وأن الزوجية تثبت ببينة مدعيها منهما.

ولكن لو لم يكن للمدعي بينة وطلب يمين المنكر، فقد اختلف الفقهاء في ذلك:

١- عند الإمام أبى حنيفة[١] والمالكية[٢] والمشهور عند الحنابلة[٣].

أنه لا يمين على المنكر للزوجية منهما.

وقد علل المالكية ذلك: بأن كل دعوى لا تثبت إلا بعدلين فلا يمين بمجردها على المنكر، حتى لو أقام شاهداً يشهد له، إذ لا فائدة في توجهها على المنكر؛ لأنه لو نكل لم يقض بالشاهد والنكول.

٢- وعند أبي يوسف ومحمد من الحنفية[٤] والشافعية[٥] وقول عند الحنابلة[٦] يجري في النكاح استحلاف.

وسبب الخلاف بين الإمام أبي حنيفة وصاحبيه[٧] مرده إلى أن النكول عنده إقرار وبذل، والنكاح لا يحتمل البذل.

وأما عندهما هو إقرار فيه شبهة، والنكاح يثبت بدليل فيه شبهة، فنكول المدعى عليه دليل كونه كاذباً في إنكاره؛ لأنه لو كان صادقاً لما امتنع من اليمين الصادقة، فكان النكول إقرارا

(1) الكاساني، بدائع الصنائع (٦، ٢٢٧)، الشيخ نظام، الفتاوى الهندية ١٨/٤
(2) الدردير، الشرح الصغير (٢، ٤٨٨).
(3) البهوتي، كشاف القناع (٦، ٣٤١).
(4) الكاساني، بدائع الصنائع (٦، ٢٢٧).
(5) الماوردي، الحاوي (١٧، ١٤٦).
(6) ابن قدامه، المغني (١٢، ١٦٤).
(7) الكاساني، بدائع الصنائع (٦، ٢٢٧).

دلالة إلا أنه دلالة قاصرة فيها شبهة العدم، والنكاح يثبت بذلك والدليل أنه يثبت بالشهادة وشهادة رجل وامرأتين.

وأما أبو حنيفة فعنده إن النكول يحتمل الإقرار كما ذكر ويحتمل البذل، فالعاقل كما يتحرج عن اليمين الكاذبة يتحرج عن التغيير والطعن باليمين ببذل المدعى، إلا أن حمله على البذل أولى، لأنه لو جعل نكوله إقرارا لكذب لما فيه من الأنكار، ولو جعل بذلا لم يكذب لأنه قد يقدر بأن يقول ليس هذا لك ولكني لا أمنعك عنه ولا أنازعك فيه، فيحصل المقصود من غير حاجة إلى التكذيب، وإذا ثبت أن النكول بذل، فالنكاح لا يحتمل البذل، إذن لا يحتمل النكول وبذلك لا يحتمل التحليف؛ لأنه إنما يستحلف المدعى لينكل المدعى عليه فيقضى عليه، فإذا لم يحتمل النكول لا يحتمل التحليف.

وقد ذهب الحنابلة في المشهور عندهم إلى عدم التحليف في النكاح لأنه مما لا يحل بذله، كما أن الابضاع مما يحتاط فيها فلا تباح بالنكول[1].

وذلك لأن النكول ليس بحجة قوية، إنما هو سكوت مجرد يحتمل أن يكون لخوفه من اليمين أو للجهل بحقيقة الحال أو للحياء من الحلف والتبذل في مجلس الحكم، ومع كل هذه الاحتمالات لا ينبغي به فيما يحتاط به، ويمين المدعي إنما هي قول نفسه لا ينبغي أن يعطي بها أمراً فيه إثم كبير فقد تكون المرأة أجنبية عنه.

وأما على رواية أنها تحلف، فاليمين للتخويف والردع لتقر إن كان المدعي محقاً، أو تحلف فتبرأ إن كان مبطلاً، وإلا فإن نكلت لم يقض بالنكول، وإنما تحبس في أحد الوجهين حتى تقر أو تحلف[2].

وأما الشافعية[3] ومن وافقهم فقد استدلوا بعدة أدلة منها:

١- قوله صلى الله عليه وسلم: (البينة على المدعي واليمين على من أنكر).

(1) البهوتي، كشاف القناع (٦، ٣٤١).

(2) البهوتي، كشاف القناع (٦، ٣٤١)

(3) ابن قدامه، المغني (١٢، ١٦٤).

وجه الدلالة:

أن الحديث على عمومه، فأينما وجد منكر فعليه اليمين أن لم يستطع المدعى إحضار بينة.

وقد رد الحنابلة على ذلك:

بأن الحديث الشريف يتناول الأموال والدماء، فلا يدخل النكاح فيه، كما أن الحدود لا تدخل في عموم الحديث، فالنكاح أولى؛ لأنه لا يكاد يخلو من شهود لكون الشهادة شرطاً في انعقاده أو من اشتهاره، فيشهد فيه بالاستفاضة والحدود بخلاف ذلك[1].

فلا يستحق في النكاح يمينا قياسا على حدود الله المحضة.

ويظهر من ذلك أن رأي الإمام أبو حنيفة ومن وافقه فيه من الوجاهة، فالنكاح يختلف عن الأموال، فينبغي أن يحتاط فيه، فلا تحل امرأة لرجل ليمينه أو يمينها، بل لا بد من وجود بينة ترجح قول أحدهما على الآخر.

بأن إدّعت المرأة أن العقد وقع بلا شهود، وأنكر الزوج ذلك فعند جمهور الفقهاء من الحنفية[2] والمالكية[3] والراجح عند الشافعية[4] وهو مذهب الحنابلة[5] صدّق مدّعي الصحة بيمينه؛ الشهادة الظاهر له.

وهناك قول عند الشافعية[6] أن القول قولها؛ لأن ذلك انكار لأصل العقد.

والراجح أن القول قول الزوج بيمينه؛ لأن هذا خلاف في صحة عقد أو فساده، والأصل أن القول لمدّعي الصحة؛ لأن الظاهر في العقود الجارية بين المسلمين الصحة، وهي الأصل في تصرفاتهم[7].

---

(1) الماوردي، الحاوي (١٧، ١٤٦).

(2) الحموي، غمز عيون البصائر، ج٢ ص١١٥.

(3) عليش، منح الجليل، ج٣ ص٣٠٩.

(4) زكريا، أسنى المطالب، ج٢ ص١١٦

(5) البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج٢ ص٥٦ .

(6) زكريا، أسنى المطالب، ج٢ ص١١٦.

(7) القرافي، الذخيرة، ج٥ ص٣١٢.

المطلب الثاني

الاختلاف في قدر المهر

إذا اختلف الزوجان في قدر الصداق، كأن يقول الزوج : الصداق ألف دينار، وتقول المرأة : بل ألفان، ولم يكن لأحدهما بينة.

فقد اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال:

١- الصحيح عند الحنفية[١] وهو مذهب المالكية[٢] قبل البناء ان لم يشبه واحد منهما، ومذهب الشافعية[٣] ورواية عند الإمام احمد[٤] أنهما يتحالفان ويجن مثل المهر.

٢- عند المالكية[٥] ان كان بعد البناء فالقول قول الزوج بيمينه، وهو ما ذهب إليه الحنابلة[٦] وأبو يوسف من الحنفية[٧].

بشرط أن لا يأتي الزوج بشيء مستنكر عرفا عند أبي يوسف.

٣- وأما الأصح عند الحنفية[٨] وهو الرواية الثانية عند الإمام احمد[٩] أن القول في ذلك قول من شهد له مهر المثل مع يمينه.

أدلة أصحاب القول الأول:

١- قوله صلى الله عليه وسلم: (البينة على المدعي واليمين على من أنكر)[١٠].

فكل واحد من الزوجين مدع ومدعى عليه، فإن الزوج يقول: تزوجتك بألف وما تزوجتك بألفين.

---

(1) السرخسي، المبسوط (٥،٦٣)

(2) الدردير، الشرح الصغير (٤٩١/٢)، تبصرة الحكام (٢٤٧/١)

(3) الشيرازي، المهذب (٢،٧٩)

(4) المرداوي، الأنصاف (٨،٢٨٩)

(5) الدردير، الشرح الصغير (٢،٤٩٣)

(6) البهوتي، كشاف القناع (٥،١٦٨)

(7) الزيلعي، تبين الحقائق (٢،٥٧٩)

(8) الشيخ نظام وجماعة من العلماء، الفتاوى الهندية (١،٣٥١)

(9) المرداوي، الأنصاف(٨،٢٨٩)

(10) سبق تخريجه

والزوجة تقول: تزوجتني بألفين وما تزوجتني بألف.

فكل منهما مدع من وجه ومنكر من وجه، فلم يترجح قول أحدهما على صاحبه، وتساويا في الدعوى والإنكار، فتحالفا[١].

٢- لأنه عقد معاوضة، فجاز أن يثبت التحالف في عوضه كالبيع[٢].

وعند المالكية[٣]: القول لمدّعي الأشبه بيمينه قبل البناء -من غير طلاق وموت- لأنه بمنزلة قيام السلعة في البيع، يراعى فيه قول من أشبه وإلا فالتحالف.

والتحالف عند الحنفية[٤] هنا في حالة قيام النكاح، أو بعد الطلاق قبل الدخول بعد الخلوة أو بعد الدخول.

أما الشافعية[٥] فالتحالف سواء أكان الاختلاف قبل الدخول أو بعده، أو بعد انقضاء الزوجية.

وأما ما استدل به أصحاب القول الثاني:

١- إن القول قول المنكر في الشرع، والمنكر هو الزوج؛ لأن المرأة تدعي عليه زيادة مهر وهو ينكر ذلك، فكان القول قوله مع يمينه كما في سائر المواضع.

والدليل عليه: أن المتعاقدين في باب الإجارة إذا اختلفا في مقدار المسمى لا يحكم أجر المثل، بل يكون القول قول المستأجر مع يمينه، وكذا هنا[٦].

٢- أنهما اختلفا في بدل عقد لا يحتمل الفسخ بالإقالة، فيكون القول قول المنكر للزيادة، كما لو اختلفا في بدل الخلع والعتق بمال[٧].

وأما المالكية[٨]: فالبناء والطلاق عندهم بمنزلة فوات السلعة في البيع، إلا أن هنا القول

(1) الكاساني، بدائع الصنائع (٢،٣٠٦). الشربيني، مغني المحتاج(٢،٢٤٢)، الماوردي، الحاوي، (٩،٤٩٤-٤٩٥)

(2) الشيرازي، المهذب (٢، ٧٩)

(3) الدردير، الشرح الصغير (٢،٤٩٣)

(4) الفتاوى الهندية(١،٣٥٢)

(5) الشربيني، مغني المحتاج (٢،٢٤٢) ، الشيرازي، المهذب (٧٩/٢)

(6) الكاساني، بدائع الصنائع (٢،٣٠٥)

(7) المرجع السابق.

(8) الدردير، الشرح الصغير (٢،٤٩٣)

للزوج مطلقا، أشبه أم لا، حيث لا يراعى الشبه وعدمه إلا قبل البناء من غير طلاق وموت.

وقد رد أصحاب هذا القول[1] على من قال بالتحالف:

بأنه لا معنى للتحالف بينهما؛ لأن التحالف لفسخ العقد بعد تمامه، والنكاح لا يحتمل هذا النوع من الفسخ.

والدليل عليه: أنه لو طلقها قبل الدخول كان لها نصف ما يقوله الزوج، ولا يصار إلى تحكيم المتعة، فكذا في حال قيام العقد؛ لأن المتعة بعد الطلاق موجب نكاح لا تسمية فيه كمهر المثل مثله.

وقد رد أصحاب القول الأول على ذلك:

١- بأنهما يتحالفان؛ لأن كل واحد منهما مدع من وجه ومنكر من وجه، فإن ما يقوله كل واحد منهما محتمل للصحة، فلا يعدل عنه إلا بيمينه كالمنكر في سائر الدعاوى، وبذلك يتحالفان[2].

٢- إن النكاح عقد محتمل للفسخ؛ فإنه يفسخ بخيار العتق وبخيار البلوغ وعدم الكفاءة، ويستحق فيه التسليم والتسلم، فيشبه البيع من هذا الوجه، فإذا وقع الاختلاف في البدل يجب التحالف بخلاف الطلاق بمال والعتق بمال[3].

وأما أصحاب القول الثالث[4]: فقد علّلوا قولهم:

بأن مهر المثل يجعل حكما بينهما، فمن شهد له مهر المثل، فالقول قوله مع يمينه، فإن كان يشهد له، بأن كان مثل ما يدّعيه أو أقل يحلف؛ لأن الظاهر يشهد له، فإن حلف لزمه ما أقر به تسمية.

وأما إن نكل لزمه ما ادعت المرأة على أنه مسمى، لإقراره أو بذله بالنكول .

وأما ان كان يشهد لها بأن كان مهر مثلها مثل ما تدّعيه أو أكثر تحلف، فإن نكلت فلها ما أقر به الزوج تسميه لإقرارها به، فإن حلفت فلها جميع ما ادّعت، وما أقر به الزوج على أنه مسمى، لاتفاقهما عليه، والزائد بحكم أنه مهر المثل لا باليمين.

---

(1) الزيلعي، تبيين الحقائق (٢،٥٧٩)

(2) الكاساني، بدائع الصنائع (٢، ٣٠٥)، المرداوي، الأنصاف (٨، ٢٠٩)

(3) السرخسي، المبسوط (٥، ٦٢)

(4) السرخسي، المبسوط (٥، ٦٣)

وقد رد أصحاب القول الأول على هذا الرأي[1]:

بأن مهر المثل يظهر عند عدم التسمية، وذلك بعد التحالف، فإن ما يدّعيه كل واحد منهما من المسمى ينتفي بيمين صاحبه، فيبقى العقد بلا تسمية، فحينئذ يصار إلى مهر المثل، لخلو العقد عن التسمية.

وقبل ذلك لم يوجد ما ينفي التسمية، فلا يُعتبر مهراً لمثل.

فلا بد من المصير إلى التحالف في الابتداء، وأصل النكاح وإن كان لا يحتمل الفسخ بالتحالف فالتسمية تحتمل الانتفاء، فإذا تحالفا نظر إلى مهر مثلها، وأيهما نكل عن اليمين لزمه دعوى صاحبه.

وقد رد أصحاب القول الثالث على ذلك[2]:

بأن الحاجة إلى مهر المثل ليس لايجابه وإنما ليتبيّن من يشهد الظاهر له، فيكون القول قوله مع اليمين، وبذلك فلا حاجة إلى التحالف.

فالقول في الشرع والعقل قول من يشهد له الظاهر، والظاهر يشهد لمن يوافق قوله مهر المثل؛ لأن الناس في العادات الجارية يقدرون المسمى بمهر المثل، ويبنونه عليه، فكانت التسمية تقديراً لمهر المثل، وبناءاً عليه، فكان الظاهر شاهداً لمن يشهد له مهر المثل.

أي ان الواجب الأصلي هو مهر المثل، وإنما التسمية تقدير له، فلا يعدل عنه إلا عند ثبوت التسمية وصحتها، فإذا لم يثبت لوقوع الاختلاف، وجب الرجوع إلى الموجب الأصلي وتحكيمه.

ويظهر أن رأي الحنفية ومن وافقهم في التحالف له ما يؤيده، فكلاهما مدع ومنكر، ثم ان الزوجة تدعي مهراً يخالف ما يدّعيه الزوج، ولا بينة لأحدهما. فيتحالفان ثم يصار بعد ذلك إلى مهر المثل.

وابتداء التحالف لأجل النكول، فإذا نكل أحدهما فيصار إلى قول الآخر -بالرغم من اختلاف الفقهاء في القضاء بالنكول وحده أم لا- فقد يحسم الخلاف في اليمين الأول من قبل أحدهما وإلا فيلجأ إلى مهر المثل -والله أعلم-.

وقد بحث الحنفية فيما لو كان المهر عينا واختلفا في قدره.

---

(1) الزيلعي، تبيين الحقائق (٢، ٥٧٩)

(2) ابن الهمام، شرح فتح القدير (٣، ٣٥٨)، الزيلعي، تبيين الحقائق (٥٧٩).

فللمسألة صورتان[(١)]:

أ- إن كان مما يتعلق العقد بقدره:

بأن تزوجها على طعام بعينه، فاختلفا في قدره، فقال الزوج: تزوجتك على هذا الطعام بشرط أنه كر، وقالت المرأة: تزوجتني عليه بشرط أنه كران ولا بينة لأحدهما.

فهو مثل الاختلاف في الألف والألفين.

ب- واما ان كان مما لا يتعلق العقد بقدره:

بأن تزوجها على ثوب بعينه، كل ذراع منه يساوي عشرة دراهم، فاختلفا، فقال الزوج : تزوجتك على هذا الثوب بشرط أنه ثمانية أذرع، وقالت المرأة : عشرة أذرع.

هنا لا يتحالفان، ولا يحكم مهر المثل، وإنما القول قول الزوج بالإجماع.

وقد بين الكاساني[(٢)] وجه الفرق بين الطعام والثوب:

بأن القدر في باب الطعام معقود عليه حقيقة وشرعاً؛ أما الحقيقة فلأن المعقود عليه عين وذات حقيقة، وأما الشرع فإنه إذا اشترى طعاماً على أنه عشرة أقفزة فوجده أحد عشر، لا يطيب له الفضل، والاختلاف في المعقود عليه يوجب التحالف.

وأما القدر في باب الثوب، فهو وإن كان من أجزاء الثوب حقيقة لكنه جار مجرى الوصف وهو صفة الجودة شرعاً؛ لأنه يوجب صفة الجودة لغيره من الأجزاء، فمن اشترى ثوباً على أنه عشرة أذرع فوجده أحد عشر، طاب له الفضل، والاختلاف في صفة المعقود عليه إذا كان عينا لا يوجب التحالف كما إذا اختلفا في صفة الجودة في العين.

والأصل أن ما يوجب فوات بعضه نقصاناً في البقية فهو مجرى الصفة، وما لا يوجب فوات بعضه نقصاناً في الباقي لا يكون جاريًا مجرى الصفة.

واما ان كان المهر ديناً موصوفاً في الذمة:

بأن تزوجها على مكيل موصوف أو موزون موصوف أو مذروع موصوف، فاختلفا في

---

(1) الشيخ نظام وجماعة من العلماء، الفتاوى الهندية (١، ٣٥١-٣٥٢).

(2) الكاساني، بدائع الصنائع (٢، ٣٠٦).

قدر الكيل والوزن والذرع.

فهو كالاختلاف في قدر الدراهم والدنانير، ولهذا يتحالفان؛ لأن القدر في المكيل والموزون معقود عليه، وكذا في المذروع إذا كان في الذمة.

وتعد الدراهم والدنانير عند الحنفية[١] وإن كانا جنسين مختلفين لكنهما في باب مهر المثل جعلا كجنس واحد؛ لأن مهر المثل يقضى من جنس الدراهم والدنانير، فجاز أن يستحق أحدهما مثلاً مائة دينار من غير تراض.

وعند الحنفية: لو اختلفا بعد الطلاق:

فإن كان بعد الدخول، أو قبل الدخول بعد الخلوة، فيتشابه الحكم كما لو اختلفا حال قيام النكاح.

وإن كان قبل الدخول بها وقبل الخلوة، فإن كان المهر ديناً، فاختلفا في الألف والألفين، فالقول قول الزوج ويتنصف ما يقول الزوج[٢].

وورد عن محمد في الجامع أنه ينبغي أن يكون القول قول المرأة إلى متعة مثلها، والقول قول الزوج في الزيادة على قياس قول أبي حنيفة.

إلا أن صاحب الفتاوي الهندية[٣] اعتبر أن الأول هو الصحيح.

وقيل لا خلاف بين الروايتين في الحقيقة، وإنما اختلفت لاختلاف وضع المسألة؛ فوضع المسألة في كتاب النكاح في الألف والألفين، والمتعة لا تبلغ هذا المبلغ في العادة، فلا يفيد تحكيمها[٤].

ووضعها في الجامع الكبير في العشرة والمائة، بأن قال الزوج : تزوجتك على عشرة دراهم، وقالت المرأة: تزوجتني على مائة درهم ومتعة مثلها عشرون، فيفيد تحكيمها[٥].

(1) الكاساني، بدائع الصنائع ج٢ ص٣٠٦.

(2) الشيخ نظام وجماعة من العلماء، الفتاوى الهندية (١، ٣٥٢-٣٥٣).

(3) المرجع السابق.

(4) ابن الهمام، شرح فتح القدير (٣، ٣٥٦).

(5) المرجع السابق.

وإن كان المهر عينا:

فلها المتعة، إلا أن يرضى الزوج أن يأخذ نصف العين[١].

بخلاف ما إذا اتفقا في الألف والألفين؛ لأن نصف الألف ثابت بيقين لاتفاقهما على تسمية الألف، والملك في نصف العين المختلف فيها ليس بثابت بيقين؛ لأنهما لم يتفقا على تسمية أحدهما، فلا يمكن القضاء بنصف العين المختلف فيها إلا باختيارهما.

فإذا لم يوجد، سقط البدلان فوجب الرجوع إلى المتعة[٢].

وأما إن كان الاختلاف في جنس المسمى بأن قال الزوج: تزوجتك على بستان، وقالت على دار، أو قال تزوجتك على ألف درهم وقالت على مائة دينار.

أو اختلفا في نوعه: كالتركي مع الرومي.

أو في صفته كالجودة مع الرداءة.

فعند الحنفية[٣] الاختلاف فيه كالاختلاف في العينين إلا الدراهم والدنانير، فإن الاختلاف فيهما كالاختلاف في الألف والألفين؛ لأن كل واحد من الجنسين والنوعين والموصوفين لا يملك إلا بالتراضي، بخلاف الدراهم والدنانير فإنهما وإن كانا جنسين مختلفين لكنهما في باب مهر المثل جعلا كجنس واحد؛ لأن مهر المثل يقضى من جنس الدراهم والدنانير، فجاز أن يستحق مائة دينار من غير تراض.

وأما الاختلاف في العين فالقول فيه قول الزوج مع يمينه.

وأما عند الإمام مالك[٤] فإن الاختلاف في جنس الصداق فالمشهور في المذهب أنهما يتحالفان ويتفاسخان أن كان الاختلاف قبل البناء.

وأما إن كان بعد البناء ثبت وكان لها صداق مثل، ما لم يكن أكثر مما ادعت أو أقل مما اعترف به، فبعد البناء يكون القول قول الزوج مع يمينه وهو مذهب الحنابلة[٥].

---

(1) الشيخ نظام وجماعة من العلماء، الفتاوى الهندية (١، ٣٥٣).

(2) حاشية ابن عابدين (٤، ٢٢٢).

(3) الشيخ نظام، الفتاوى الهندية (١/٣٥١-٣٥٢)، الكاساني، بدائع الصنائع (٢، ٣٠٧).

(4) الدردير، الشرح الصغير (٢،٤٩٢)، ابن رشد، بداية المجتهد(٣، ٣١).

(5) البهوتي، كشاف القناع (٥، ١٧١).

وأما الشافعية فيتحالفان سواء قبل الطلاق أو بعده[1].

المطلب الثالث

الاختلاف في تسمية المهر

إذا ادّعى أحد الزوجين أنه سمى مهراً معلوماً كألف دينار مثلاً، وأنكر الآخر حصول التسمية، ولا بينة لأحدهما.

فقد تباينت آراء الفقهاء في ذلك:

١- عند الحنفية[2] وقول عند الشافعية[3] وهو الصحيح عند الحنابلة[4].

أن القول قول المنكر مع يمينه؛ لأنه يدّعي ما يوافق الأصل.

٢- وعند المالكية[5]، يحكـّم العرف فإن كان المعتاد التسمية فالقول قولها بيمين.

٣- وأما الأصح عند الشافعية[6]، فانهما يتحالفان.

لأن حاصله الاختلاف في قدر المهر

٤- في رواية ثانية عند الحنابلة[7] أنها إن ادعت تسمية مهر المثل فالقول قولها.

ويظهر لنا أن الراجح قول المنكر أي أصحاب الرأي الأول، وذلك لاتفاقه مع الحديث الشريف: (البينة على المدعي واليمين على من أنكر)[1]، فعلى المدعي أن يثبت بالبينة وإلا فيحلف المنكر.

ويترتب على ذلك:

---

(1) الشيرازي، المهذب، (٢، ٧٩)، لأنه عقد معاوضة فكما في البيع، الشافعي، الأم، ح٥ ص .

(2) الفتاوى الهندية ج١ ص٣٥٣.

(3) النووي، روضة الطالبين (٧، ٣٢٤).

(4) ابن قدامة، المغني (٨، ٤٦).

(5) الدردير، الشرح الصغير (٢، ٤٥١).

(6) النووي، روضة الطالبين (٧، ٣٢٤)

(7) ابن قدامة، المغني، (٨، ٤٦).

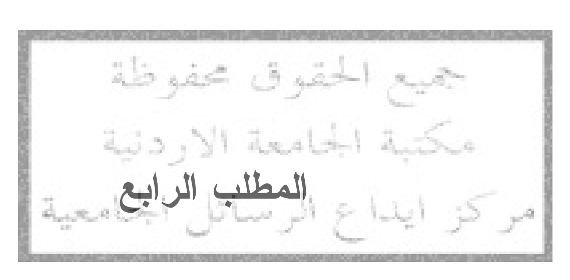
أنه يصار إلى مهر المثل بالاتفاق.

إلا أنه عند الإمام أبي حنيفة ومحمد[٢] يصار إليه لأنه الأصل، وإنما التسمية تقدير لمهر المثل، فإذا لم تثبت التسمية لوقوع الاختلاف فيها، وجب الرجوع إلى الموجب الأصلي.

وإما عند أبى يوسف[٣] فإنه قد تعذر القضاء بالمسمى؛ لأن القول لمنكر التسمية مع يمينه فيصار إلى مهر المثل.

على أن اليمين عند أبى حنيفة هنا على المال لا على أصل النكاح، كما أن مهر المثل لا يزيد عما ادعته المرأة لو كانت هي المدعية للتسمية، ولا ينقص عما ادعاه الزوج لو كان هو المدعي.

هذا إن كان الاختلاف قبل الطلاق مطلقا، أما لو طلقها قبل الدخول والخلوة فالواجب المتعة[٤] وأما على الرواية الثانية للحنابلة[٥] فلها نصف مهر المثل؛ لأنه المسمى لها لقبول قولها فيه.



المطلب الرابع

الاختلاف في قبض المهر

إذا اختلف الزوجان في قبض المهر مع اتفاقهما على قدره.

فقال الزوج: قد أقبضتك مهرك، وقالت الزوجة: لم أقبضه، ولا بينة لأحدهما

١- فقد ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية[٦] والشافعية[٧] والحنابلة[٨].

---

(1) سبق تخريجه.

(2) الكاساني، بدائع الصنائع (٢، ٣٠٥).

(3) ابن الهمام، فتح القدير (٣، ٣٥٨).

(4) حاشية ابن عابدين (٤، ٢٢٠).

(5) ابن قدامة، المغني (٨، ٤٦).

(6) لأن الأصل عدم القبض والوجود عارض كما في البيع، الكاساني، بدائع الصنائع، (٥، ٢٤٨).

(7) الشيرازي، المهذب (٢، ٧٩).

(8) ابن قدامة، المغني (٨، ٤٤)، المرداوي، الأنصاف (٨، ٢٩٢).

إلى أن القول قول الزوجة مع يمينها أنها لم تقبضه، سواء كان قبل الدخول أو بعده.

٢- وذهب الإمام مالك[١] إلى أنه إن كان قبل الدخول فالقول قولها وإلا فالقول قوله.

وقد استدل الجمهور بما يلي:

١- لقوله صلى الله عليه وسلم: (البينة على المدعي واليمين على من أنكر).

فالزوج مدع فكلف البينة، والزوجة منكرة فكلفت اليمين[٢].

٢- ولأن الأصل عدم القبض وبقاء المهر[٣].

٣- ولأنه ادّعى تسليم الحق الذي عليه فلم يقبل بغير بينة كما لو ادّعى تسليم الثمن، ثم أن من ثبت في ذمته حق لغيره لم يقبل قوله في دفعه، كالديون[٤].

وأما أهم ما استدل به الإمام مالك[٥]:

بأن العرف في المدينة أن لا يدخل الزوج حتى يدفع المهر، وإما أن كان البلد ليس فيه هذا العرف كان القول قولها أبدا لأنها مدعى عليها.

وقيل أن الإمام مالك راعى قوة الشبهة التي له إذا دخل بها الزوج.

وقد رد الشافعية على رأي الإمام مالك[٦]:

بأن الاعتبار بالعادة غير صحيح؛ لأن عادات الناس فيه مختلفة، ثم لو اتفقت لما تعلق بها حكم، فمشتري السلعة مثلاً إذا ادّعى دفع ثمنها بعد قبضها لم يقبل قوله، وأن جرت العادة بأن السلعة لا تسلم إليه إلا بعد قبض الثمن منه.

فالقاعدة عند الإمام مالك أنه إذا تعارض الأصل مع العرف، يقدم الثاني، إلا أن يكون الأصل براءة الذمة فيقدم على العرف.

وأما عند الشافعية فيقدم الأصل على الظاهر، وإن كان الظاهر مستفاداً من العرف.

---

(1) ابن رشد، بداية المجتهد (٢، ٣١).

(2) الماوردي، الحاوي (٩، ٥٠١).

(3) الشيرازي، المهذب(٢، ٧٩).

(4) ابن قدامة، المغني (٨، ٤٤).

(5) ابن رشد، بداية المجتهد (٢، ٣١).

(6) الماوردي، الحاوي (٩، ٥٠١).

والراجح ما ذهب إليه الجمهور؛ لأن من تعلق بذمته حق لا يسقط ذاك الحق إلا ببينـــة، فالقول قولها بيمينها.

وأما اختلاف الزوجين في المقبوض:

لو بعث رجل إلى زوجته شيئا من النقدين أو العروض أو مما يؤكل -قبل الزفـــاف أو بعده- ولم يذكر جهة الدفع مهراً أو غيره.

ثم قال الزوج: دفعته صداقاً، وقالت الزوجة: هو هدية.

فقد ذهب الحنفية[١] والشافعية[٢] والحنابلة[٣]:

إلى أن القول قول الزوج بيمينه؛ لأنه أعلم بنيته وهو أعرف بكيفية إزالة ملكـــه. إلا أن هذا عند الحنفية في غير المهيأ للأكل كالثياب والسمن والعسل وما يبقى شهراً.

وإما إذا كان في المهيأ للأكل كالرز واللحم المشوي فالقول قولها؛ لأن الظـــاهر يكذبـــه فالمتعارف في ذلك كله أن يرسله هدية[٤].

وفيما كان القول قول الزوج، ترد عليه المتاع إن كان قائماً، وترجع بمهرها لأنه بيـــع بالمهر، فلا يتغرر به الزوج[٥].

وإن كان من جنس الصداق وقع عنه وإلا فلها رده ومطالبته بصداقها الواجب لأنـــه لا يقبل قوله في المعارضة بلا بينة[٦]، وإن كان تالفاً فله البدل عليها[٧].

وأما لو بعث إلى زوجته ثيابا ولبستها حتى تخرقت، ثم قال: هو من المهر، وقالت هـــو من النفقة (أي الكسوة الواجبة).

---

(1) حاشية ابن عابدين (٤، ٢٢٤).
(2) الشربيني، مغني المحتاج (٣، ٢٤٤).
(3) البهوتي، كشاف القناع (٥، ١٧١-١٧٢).
(4) حاشية ابن عابدين (٤، ٢٢٥).
(5) الشيخ نظام، الفتاوى الهندية (١، ٣٥٤).
(6) البهوتي، كشاف القناع (٥، ١٧١-١٧٢).
(7) النووي، روضة الطالبين (٧، ٣٣٠).

فقد اختلف الحنفية والحنابلة في ذلك:

١- فعند الحنفية[1]: القول لها، وإما إن كان الثوب قائماً فالقول له؛ لأنه أعرف بجهة التمليك.

٢- وعند الحنابلة[2]: القول قول الزوج مع يمينه لأنه أعلم بنيته.

وسبب التفريق بين القائم والهالك عند الحنفية:

أن الثوب لو كان قائما فالقول له، لأنه أعرف بجهة التمليك، بخلاف الهالك لأنه يدّعي سقوط بعض المهر والمرأة تنكره، وبالهلاك خرج عن المملوكية، وحيث لا ملك بحال فالاختلاف في جهة التمليك باطل، فيكون اختلافاً في ضمان الهالك وبدله، فالقول لمن يملك البدل والضمان.

ثم أنه في الهالك يكون القول لها فيه لأمرين:

١- أن الظاهر يصدقها فيه.

٢- أنه لو كان القول فيه للزوج، للزم ضياع حقها في الكسوة الواجبة عليه، لأنها من النفقة، والنفقة تسقط بمضي المدة، فلا يمكنها المطالبة عما مضى، ويلزم بذلك فتح باب الدعاوى الباطلة، بأن يدّعي كل زوج بعد عشرين سنة أن جميع ما دفع لها من كسوة ونفقة من المهر، فيرجع عليها بقيمته، وفي ذلك ما لا يرضاه الشرع من الإضرار بالنساء مع أن الظاهر والعادة تكذبه.

أما في القائم فلا ضرر، لأنها تطالبه بكسوة أخرى إذا لم يرض بكونه كسوة، ولا يقتضي العادة أن يكون المدفوع كسوتها؛ لأن له أن يقول : أعطيها كسوة أخرى[3].

وفي هذا الرأي جانب كبير من الصواب، حيث راعى فيه مصلحة الزوجة وحق الزوج.

---

(1) حاشية ابن عابدين (٤، ٢٢٤).

(2) البهوتي، كشاف القناع (٥، ١٧١-١٧٢).

(3) حاشية ابن عابدين (٤، ٢٢٤-٢٢٥).

المطلب الخامس

الاختلاف في النفقة والنشوز

الفرع الأول: الاختلاف في النفقة

إن إدّعت امرأة تقيم مع زوجها سنين أنه لم ينفق عليها، وقال الزوج قد أنفقت عليها، ولا بيّنة.

فعند الحنفية[١] والشافعية[٢] والحنابلة[٣] القول قولها مع يمينها وعلى الزوج البيّنة بجفعه النفقة إليها؛ لأن الأصل معها مع أن العادة تبعد عن ذلك.

وعند المالكية القول قول الزوج بيمينه؛ لأن مضي المدة وهما في بيت واحد قرينة دالة على صدق الزوجة.

والراجح أن الحقوق لا يبرأ منها المرء إلا ببيّنة أو بإقرار[٤]، فعلى الزوج إثبات الإبراء وإلا كان قول الزوجة بيمينها.

دعوى اليسار والإعسار في النفقة:

إذا اختلف الزوج بأن قال أنا مقتر، وقالت:
هو غني، لتفرض لها نفقة الموسرين.

فعند الحنفية[٥] والشافعية[٦] والحنابلة[٧] القول قول الزوج مع يمينه وعلى المرأة البيّنة.

وقد علّل الحنفية ذلك[٨]:

لأن الفقر في الناس أصل، وهو ما أشار إليه الرسول صلى الله عليه وسلم بقوله: (يولد كل مولود أحمر ليس عليه غبرة ثم يرزقه الله من فضله)، فالمرأة تدّعي غنىً عارضاً فعليها

---

(1) الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، ج١ ص٥٥٣.

(2) ابن رجب، القواعد، ص٣٤٠.

(3) الإمام مالك، المدونة، ج٢ ص١٨٢، ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج٢ ص .

(4) الشافعي، الأم، ج٥ ص٩٧.

(5) السرخسي، المبسوط، ج٥ ص١٩٣.

(6) الشربيني، مغني المحتاج، ج٥ ص١٥٣.

(7) ابن قدامة، المغني، ج٩ ص ٢٥٤.

(8) السرخسي، المبسوط، ج٥ ص١٩٥.

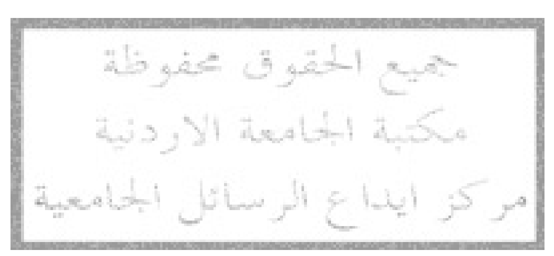
البيّنة، وأما الزوج فعليه اليمين لإنكاره ولأنه يتمسك بالأصل.

وإن أقام كل واحد منهما بيّنة –شهود– أخذت بيّنة المرأة؛ لأن شهود الزوج اعتمدوا في شهادتهم على ما هو الأصل، بينما شهود المرأة عرفا الغنى العارض، ولهذا يفرض لهـا عليـه نفقة الموسرين[١].

وأما إن أعسر بعد يسر، فإن كان للزوجة من نفقة تبقى في ذمته كسائر الديون تؤخذ منه إذا أيسر؛ لأن العسر لا يسقط إلا ما كان في زمنه[٢]، خاصة وأن النفقة تجب شيئاً فشيئاً، فيعتبر حاله في كل وقت بقضاء[٣].

الفرع الثاني: دعوى النشوز:

إذا إدّعى الزوج نشوز المرأة في مدة وأنكرت، فالقول قولها مع يمينها والبيّنـة عليـه باتفاق الفقهاء[٤]؛ لأن الأصل عدم النشوز كما أن عدم قبول قول الزوج لأنه يتهم على إسـقاط حقها في النفقة فكان القول قول المرأة بيمينها.



(1) المصدر نفسه.

(2) حاشية الخرشي، ج٤ ص١٩٦.

(3) السرخسي، المبسوط، ج٥ ص١٨٧.

(4) ابن نجيم، البحر الرائق، ج٤، ص١٩٥، حاشية الدسوقي، ج٢ ص٥١٥، زكريا، أسنى المطالـب، ج٣ ص٤٣٣، البهوتي، كشاف القناع، ج٥ ص٤٧٦.

المبحث الثاني

عقد الإذعان

تمهيد:

أدى النشاط المتزايد في الحياة الاقتصادية إلى زيادة هائلة في عدد ما يجب أن يبرم من عقود، واقتضى هذا الأمر ضرورة إبرام أكبر عدد ممكن من العقود في أقل وقت وبأقل مجهود، فترتب على ذلك أن أنفرد أحد المتعاقدين (الموجب) بتحديد شروط العقد مع عدم القدرة على المناقشة من قبل الطرف الثاني عند إبرام العقد، فإما أن يأخذه جملة أو يدعه، وأحياناً لا بد للمتعاقد الآخر من أن يتعاقد؛ لأن المسألة قد تتعلق بسلعة أو مرفق لا غنى عنه، فهو بذلك يرضخ ويذعن لمشيئة الطرف القوي[١]، ومن هنا جاءت تسمية هذا النوع من العقود بعقد الإذعان[٢].

والإذعان في اللغة الانقياد[٣].

فيقال: أذعن أي خضع وإنقاد[٤].

قال تعالى: "وإن يكن لهم الحق يأتوا إليك مذعنين[٥]" أي منقادين.

ومن هنا ظهرت التسمية بعقود الإذعان، حيث لا مناقشة في بنوده.

فعقد الإذعان[١]:

هو العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب، ولا يقبل المناقشة فيها، وذلك فيما يتعلق بسلعة أو مرفق ضروري تكون محل احتكار قانوني أو فعلي أو تكون المنافسة محدودة النطاق في شأنها.

---

(1) د. الصدة، عبد المنعم فرج (١٩٥٨م)، محاضرات في القانون المدني – نظرية العقد في قوانين البلاد العربية – معهد الدراسات العربية العالية، ١٩٥٨،ج١، ص ٩١ –٩٢.

(2) صاحب هذه التسمية السنهوري، نظرية العقد ص ٢٧٩.

(3) ابن منظور، لسان العرب (١٣، ١٧٢).

(4) الفيروز أبادي، القاموس المحيط (٤، ٢٢٧).

(5) سوة النور، ٤٩.

فمسألة عقود الإذعان مسألة اقتصادية، ظهرت نتيجة اتساع شركات الاحتكار (احتكارا فعليا أو قانونياً) مما يجعل القابل لا يملك إلا الإذعان لما تمليه من الشروط التي لا تناقش[٢].

ومن الأمثلة[٣] على عقود الإذعان:

التعاقد مع شركات الكهرباء والماء والبريد والهاتف وعقد النقل بوسائله المختلفة. كما أن عقد العمل في الصناعات الكبرى ولدى الشركات يدخل في عقود الإذعان.

طبيعة عقد الإذعان:

اختلف في طبيعة هذا العقد نتيجة للطريقة التي يتم بها اتفاق الإرداتين فيه إلى فريقين[٤]:

١- فريق ينكر عليه وصف العقد؛ لعدم توفر الإرادة المشتركة من قبل المتعاقدين. حيث لا يود فيه المساواة التي تفرضها فكرة العقد.

٢- وفريق آخر يرى أن عقد الإذعان عقد حقيقي يتم بتوافق إرادتين، ويخضع للقواعد التي تخضع لها سائر العقود، وكل ما يرد على حرية القابل في عقد الإذعان لا يعدو أن يكون نوعا من الضغط الاقتصادي الذي لا أثر له في صحة التراضي.

وهناك من شبه عقد الإذعان بعقود المعاطاة[٥] في الفقه الإسلامي التي يتم التعبير عن التراضي فيها بالتعاطي دون صيغة للإيجاب والقبول، حيث لا فارق بين عقود الإذعان المعروفة حديثا وعقود المعاطاة في الفقه الإسلامي إلا في التسمية؛ لأن نفس الظروف التعسفية التي تلحق عقود الإذعان يمكن أن تلحق عقود المعاطاة سواء بسواء، على اعتبار حصر دور القابل في الدخول في العقد أو رفضه، وأن وافق عليه أنعقد العقد دون أن يستطيع أن يعدل من شروط العقد شيئاً.

---

(1) الصدة، نظرية العقد، (١، ٩١).

(2) السنهوري، نظرية العقد، ص٢٧٦.

(3) المصدر نفسه.

(4) الصدة، نظرية العقد، (١، ٩٧).

(5) معوّض، فؤاد محمد، (١٩٩٩)، دور القاضي في تعديل العقد، (ط١)، ص٢٢٦، وقد أرجع هذا الرأي إلى الدكتور محمد علي الخطيب في كتابه (سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون اليمني والمصري والفقه الإسلامي) ولم أعثر على هذا الكتاب.

ويرد على ما سبق:

بأن إيراد الشبه بين عقد الإذعان والمعاطاة في عدم مناقشة الشروط لا يعني أن الفـــرق بينهما في التسمية فقط، بل لا بد من النظر إلى الظروف المحيطة بالمتعاقد القابل.

ففي المعاطاة هو بكامل اختياره وإرادته، فحقيقة العقد هو الأخذ والإعطاء، ولا يتعلــق بها أي شروط تعسفية أو احتكار فعلي كان تكون السلعة ضرورية لا غنى عنها.

فكل ما في الأمر أنه في المعاطاة تعرض السلعة فيبين سعرها بوضوح، فيدفع المشتري السعر المطلوب ويتناول السلعة ثم يمضي، فلا ضغط اقتصادي ولا معيشي يجبره على الأخذ.

بخلاف عقود الإذعان، فمع شركة الكهرباء مثلاً أن رفض التعاقد معها تم رفع خدمات الكهرباء عنه، وبالتالي وقع في حرج نتيجة عدم القبول بشروطها، فالحرية الإرادية في المعاطاة تنتفي في عقود الإذعان، فالفرق بينهما شاسع.

الاختلاف بين المتعاقدين في عقد الإذعان:

قد يجد الطرف المذعن -بعد أن تم التعاقد- أن هناك شرطاً تعسفياً بحقه، فيطالب برفعه وعدم الالتزام به، إلا أن الطرف الثاني يتمسك بالشرط ويطالب بتنفيذه على اعتبار أن التعاقد قد تم والشرط كان منصوصاً عليه، فيجب الالتزام به.

فما هو السبيل لحل النزاع في عقد الإذعان؟

هنا لا بد من تدخل القضاء ليمنع ما يمكن أن يكون تعسفياً في هــذه العقــود[1]، إلا أن للقاضي سلطة محددة في عقود الإذعان، تنحصر في:

١- تفسير العقد.

٢- تعديل العقد.

١- تفسير العقد:

يقصد بتفسير العقد: ذلك التفسير الذي يلجأ إليه القاضــي عنــد نشــوب نــزاع بــين المتعاقدين[2].

---

(1) لعشب، محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، ١٩٨٠،ص ١٤٩.

(2) لعشب، عقد الإذعان ص ١٤٩.

فالأصل أن يستخلص معنى العقد عن طريق ما أرادته وحددته الإرادة المشتركة للعاقدين، إلا أن عقود الإذعان تتميز عن غيرها من العقود، بغياب الإرادة المشتركة فيها، فيفسر عقد الإذعان ليس على أساس القصد المشترك لعاقديه، لأن هذا الأمر غير واضح في عقد الإذعان - وإنما يفسر بحسب الغرض الذي سعى إليه المتعاقدان[١].

على أن تفسير عقد الإذعان لا يخلو من أحد ثلاث حالات[٢]:

١- أن تكون عبارة العقد واضحة.

٢- أن تكون العبارة غامضة.

٣- أن يتولد لدى القاضي شك فيفسر لمصلحة المدين المذعن.

أ- أن تكون عبارة عقد الإذعان واضحة:

بأن توضح إرادة الطرفين[٣].

فليس وضوح العبارة في ذاتها هو الهدف، وإنما يجب أن تكون واضحة بالنسبة لدلالتها على ما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين المشتركة، إذ قد تكون العبارة واضحة في ذاتها، ولكن يعتريها الغموض بالنسبة إلى حقيقة مدلولها.

كما أن العقد ينشأ ويجري تنفيذه في بيئة اقتصادية معينة، ويأتي نتيجة ظروف وملابسات تفرضها طبيعة المعاملات، ومن هنا لا يجب إهدارها إلا إذا ثبت من ذات العقد أو من الظروف الخارج عنه أن هذه الأمور لا تعبر بأمانة عن الإرادة الحقيقية، وهو ما يقوم به القاضي لحل النزاع[٤].

ب- عندما تكون عبارة العقد غامضة:

بحيث لا تكشف بجلاء عن الإرادة الحقيقية للطرفين، لتردد العقد بين عدة وجوه للتفسير، كل منها محتمل، ويتعذر ترجيح وجه على آخر، الأمر الذي يبعث على الشك المبرر للتفسير[٥].

---

(1) لعشب، عقد الإذعان ص ١٤٩.

(2) لعشب، عقد الإذعان ص ١٥١.

(3) عبد الحكيم فودة، ١٩٨٥م، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص٢٠٥.

(4) لعشب، عقد الإذعان ص ١٥٢.

(5) عبد الحكيم فودة، تفسير العقد، ص٢١١.

وأسباب غموض التعبير عديدة، منها ما يرجع إلى المتعاقدين عند إساءة استخدامهما للألفاظ المعبرة عن إرادتيهما الحقيقية، إذ قد يتخيران ألفاظا مشتركة لكل منها أكثر من معنى متميز ومتعارض، بحيث لا يعرف ما هو المعنى المقصود منها.

وقد يرجع الغموض للإيجاز الشديد الذي تتعرض له شروط العقد، فيأتي مخلاً بسلامة مضمونه.

أو اشتمال العقد على حالة معينة، لا يعرف ما إذا كانت قد وردت على سبيل المثال بحيث يمكن إدخال حالات أخرى للعقد ، أم أنها وردت على سبيل الحصر فلا يصح الإضافة إليها.

وغير ذلك من الأسباب[١].

وعلى القاضي أن يبتعد عن المعنى الحرفي للألفاظ والتعلق بالمعنى الحقيقي المتفق مع النية المشتركة للطرفين، فيفسر العقد بحسب ما قصد إليه المتعاقدين.

وهناك عدة عوامل يستهدي بها القاضي للوصول إلى غرضه من تفسير العقد، منها طبيعة التعامل، والعادات الجارية، وما ينبغي أن يتوافر بين المتعاقدين من حسن النية وأيضا ما بينهما من أمانة وثقة.

وتعد هذه العوامل بمثابة إرشادات للقاضي يستعين بها في تفسير عبارات العقد، وليس ملزما بها بحيث لا يقتصر عليها، بل عليه أن يبحث في وسائل أخرى للوصول إلى الإرادة المشتركة للمتعاقدين[٢].

ج- أن يتولد لدى القاضي شك فيفسر لمصلحة المدين المذعن:

هذه القاعدة من القواعد الاحتياطية في التفسير؛ بمعنى أنه لا يلجأ إليها إلا بعد تعذر الوصول إلى نتيجة محددة بموجب قواعد التفسير الأصلية.

وفي عقود الإذعان يكون تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن[٣].

---

(1) عبد الحكيم فودة، تفسير العقد، ص٢١١.

(2) لعشب، عقد الإذعان ص ١٥٣.

(3) المصدر نفسه، ص ١٥٤.

وذلك لأن العاقد الآخر وهو أقوى العاقدين، يتوافر له من الوسائل ما يمكنه من أن يفرض على المذعن عند التعاقد شروطاً واضحة بينة، فإذا لم يفعل ذلك بخطئه أو تقصيره يتحمل تبعته؛ ولأنه يعتبر متسببا في هذا الغموض.

فيتوصل القاضي في أغلب الأحيان إلى تفسير عقد الإذعان لمصلحة القابل، وهو ما ذهبت إليه معظم التشريعات العربية[١].

والذي يبدو أن ما ذهبت إليه التشريعات العربية فيه جانب من الصواب؛ لأن سبب النزاع نشأ من عبارة العقد التي شكلها وصاغها الموجب، وبذلك ما كان على القابل إلا الموافقة أو الرفض، وبما أن التنازع بسبب شك أحاط ببعض بنود العقد، فالذي يتحمل تبعة ذلك هو الموجب، حيث كان بإمكانه أن يجعل بنود العقد واضحة ولا لبس فيها فيتحمل تبعة إهماله في ذلك.

لأن القول بتفسير الشك لمصلحة العاقد الذي يكون من شأن أعمال الشرط أن يضره، فقد ينشأ عنه خلاف آخر وهو تفسير الضرر وبيان حدوده.

وبذلك لا يحسم النزاع وإنما يفتح الباب لنزاع اخر، بينما إذا فسر الشك لمصلح القابل المذعن ففي ذلك حسم للنزاع وتنبيه للموجب بأن لا يدخل في العقد ما يثير الشك وإلا أنقلب التفسير ضده، الأمر الذي يجعله حريصاً على تحري الدقة، وفي ذلك تقييد على عقود الإذعان من أن يسرف أحد الأطراف في استغلالها لمصلحته.

٢- تعديل العقد:

ويقصد به ذلك التفسير الذي يهدف إلى إعادة النظر في الشروط التعاقدية التي يقدرها القاضي أنها شروط تعسفية، فيعمد إلى تعديلها أو إعفاء الطرف المذعن منها.

كما في عقد النقل[٢]، فمثلا تضمين الناقل البحري تذكرة النقل شرطا يعفي الشركة من المسؤولية عن فقد الأمتعة، ويكلف الراكب بمراقبة الأمتعة، لا يحتج به على المسافر ما دام أنه لم يتسلم التذكرة إلا بعد الصعود للمركب، عندئذ تنتفي الحكمة من العلم بالشرط.

فهنا اقتصر دور القاضي في بيان عدم سريان الشرط التعسفي على الطرف المذعن دون القضاء بالبطلان.

---

(1) المرجع السابق ص ١٥١.وهو ما نص عليه القانون المدني الأردني (١، ٢٤٠).

(2) سعيد عبد السلام، (١٩٩٢م)، سلطة محكمة النقض في الرقابة على تفسير عقود الإذعان، الولاء للطبع والتوزيع، شبين الكوم، ص٦٠.

الفصل الثامن

الاختلاف في صورية العقد

المبحث الأول

يعد الرضا من القواعد الأساسية للتعاقد في الفقه الإسلامي، إلا أنه قد يقدم أحد المتعاقدين على إبرام عقد ما -كبيع مثلا- خوفاً على أمواله من حكم سلطان جائر سيصدر بحق أمواله.

أو قد يتم التعاقد بين طرفين ثم يدّعي أحدهما بعد ذلك أنه كان مازحاً (هازلاً) ولم يقصد إبرامه.

أو قد يتفق متعاقدان على إظهار عقد بشروط تختلف عما تعاقدا عليه في السر، فما العقد الذي ستسري أحكامه على المتعاقدين خاصة إن تمسك أحدهما بالعقد المعلن وتمسك الآخر بالعقد المستتر؟

ولبيان ذلك لا بد من تقسيم المسألة الى ثلاث صور، وإن كان بينها تقارب:

١- عقد التلجئة.

٢- عقد الهازل.

٣- العقد الصوري.

١- عقد التلجئة:

تشابكت مصالح الناس واتسعت في وقتنا الحاضر، فقد يمتلك المرء عدة مصانع أو بيوت في اكثر من دولة، إلا أنه لظروف معينة قد يضطر إلى إعلان أنه باع املاكه في دولة ما خوفا من سلبها أو من تجميد نشاطه الاقتصادي لفترة طويلة مما يلحقه أذى وضرر، فيقدم على إجراء عقد بيع مثلا ليظهر أنه باع أملاكه مع أنه لا يريد بيعا حقيقيا.

فقد اصطلح الفقهاء على تسمية هذا البيع ببيع التلجئة.

ومعنى التلجئة[1]:

ألجأه الى الشيء: اضطّره اليه

والتلجئة: تفعلة من الإلجاء، وتعني الإكراه.

فكأنه ألجأك إلى أن تأتي أمراً باطنه خلاف ظاهره، وأحوجك إلى أن تفعل فعلا تكرهه.

---

(1) ابن منظور، لسأن العرب (١٢،٢٣٧)، الرازي، مختار الصحاح ص ٥٩٢.

وأما في اصطلاح الفقهاء:

فالتلجئة عند الحنفية: هي ما لجأ إليه الإنسان بغير اختياره اختيار الإيثار، فالاختيار عند الحنفية القصد إلى الشيء وإرادته، والرضا إيثاره واستحسانه[١]. فالمكره على الشيء يختاره ولا يرضاه[٢].

وبذلك فالتلجئة عندهم هو العقد الذي ينشئه لضرورة أمر، فيصير كالمدفوع اليه[٣].

وأما عند الشافعية[٤]:

فصورة بيع التلجئة: أن يتفقا على أن يظهرا العقد إما للخوف من ظالم ونحـوه، وإمـا لغير ذلك، ويتفقان على أنهما إذا أظهراه لا يكون بيعاً ثم يعقد البيع.

بمعنى أنهما يعقدان اتفاقا بينهما أنهما إذا أظهراه لا أثر له، وذلك لخوف أو غيره.

وأما عند الحنابلة:

فبيع التلجئة أن يخاف أن يأخذ السلطان أو غيره ملكه، فيواطئ رجلاً على أن يظهرا أنه اشتراه منه ليحتمي بذلك ولا يريدان بيعا حقيقيا[٥]، فهما أظهرا بيعا لم يريداه باطناً، بل خوفاً من ظالم دفعا له[٦].

فيظهر من ذلك أن التلجئة أمر طارئ لظرف معين يحيط بالمرء، تجبره على القيام بأمر ما في محاولة منه للتخفيف من آثار ذاك الظرف أو إزالته كلياً.

وبيع التلجئة يقسم الى قسمين:

١- اما أن تكون التلجئة في نفس البيع.

٢- واما أن تكون في الثمن.

١- أن تكون التلجئة في البيع نفسه:

أي في إنشائه، بأن يظهرا البيع ولا بيع بينهما حقيقة، ويسمى أيضـا بالمواضـعة، أي

---

(1) الكاساني، بدائع الصنائع (٥،١٧٦)

(2) امير بادشاه، تيسير التحرير (٢، ٢٩٠- ٢٩١).

(3) الشيخ نظام وجماعة. الفتاوي الهندية (٣، ٢٠٩-٢١٠).

(4) النووي، المجموع (٩، ٢٤٤).

(5) ابن قدامة، المغني (٤، ٣٠٢).

(6) المرداوي، الأنصاف (٤، ٢٥٤).

الموافقة، فهما قد اتفقا على ذلك بداية، فكانت مواضعة منهما[١].

وقد اختلف الفقهاء في حكم هذا البيع إن تبايعا وهما متفقان على ما تواضعا عليه:

أ- في ظاهر الرواية عن أبي حنيفة، وعند أبي يوسف ومحمد[٢] والمشهور عند الحنابلة[٣] أن البيع باطل، فلا ينعقد.

ب- وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة[٤] وهو مذهب الشافعية[٥] ووجه عند الحنابلة[٦] أن البيع جائز، فينعقد.

وروى عن محمد أن البيع جائز غير لازم، ويلزم إن أجازاه معاً.

تعليل أصحاب القول الأول:

أن البيع باطل لأنهما لم يقصدا حقيقة البيع، فلم يصح منهما كالهازلين[٧]، كما أن دلالة الحال على أنهما في مثل هذا البيع لا يريدان البيع حقيقية حتى ولو لم يذكر في العقد تبايعنا هذا تلجئة[٨]، فهما اتفقا على عدم البيع فكانت صيغة العقد مجرد لفظ دون القصد الى التعاقد وانشائه.

وأما تعليل اصحاب القول الثاني:

أن البيع جائز؛ لأن ما شرطاه في السر لم يذكراه في العقد المصرح به وإنما عقدا عقدا صحيحا بشرائطه، فلا يؤثر فيه ما تقدم من الشرط، كما لو اتفقا على أن يشترطا شرطاً فاسداً عند البيع ثم باعا من غير شرط، فلا أثر للاتفاق السابق[٩].

وقد يرد على هذا التعليل:

ان الحكم ببطلان هذا العقد لمكان الضرورة عند التعاقد، فاضطرار الإنسان إلى أمر ما

(1) البخاري، كشف الاسرار (٤، ٣٥٨).

(2) الكاساني، بدائع الصنائع (٥، ١٧٦) .

(3) ابن قدامة، المغني (٤، ٣٠٢)

(4) الكاساني، بدائع (٥، ١٧٦)

(5) النووي، المجموع (٩، ٢٤٤)

(6) المرداوي، الأنصاف (٤، ٢٥٤)

(7) الكاساني، بدائع الصنائع (٥، ١٧٦)، ابن قدامة، المغني (٤، ٣٠٢)

(8) البهوتي، كشاف القناع (٣، ١٤٩)

(9) الكاساني، بدائع (٥، ١٧٦)، النووي، المجموع (٩، ٣٣٤)

يخل برضاه، ولذلك كان القول ببطلانه لاختلال ذلك، ولكن لو اعتبر لما اندفعت الضرورة[١].

الرأي الراجح:

أن ما ذهب إليه أصحاب القول الأول، يتناسب مع وجود الضرورة، فالتلجئة إلجاء؛ أي أن هناك ضرورة لها اعتبار عند التعاقد، فالأصل أنها تخل برضا أحد الأطراف، فلا ينعقد.

وأما القول بأنه شرط لم يصرح به، فإن دلالة الحال تظهر أن التعاقد كان للاحتماء من خوف أو جور، فإن أثبت ذلك فلا ينعقد.

٢- أن تكون التلجئة في الثمن أو البدل:

ويتفرع الى نوعين:

أ- بأن تكون التلجئة في قدر الثمن.

ب- بأن تكون التلجئة في جنس الثمن.

أ- حكم النوع الأول:

بأن يتواضع المتعاقدان في السر على أن الثمن الف دينار، ثم يتبايعان في الظاهر بألفين.

اختلف الفقهاء في الثمن الحقيقي في البيع:

١- في ظاهر الرواية عند أبي حنيفة، وهو قول أبو يوسف ومحمد[٢] والمشهور عند الحنابلة[٣] أنهما إن قالا عند المواضعة ألفاً منهما رياء وسمعة فالثمن ثمن السر، والزيادة باطلة، والا فالثمن الفان عند الحنفية.

٢- وروي عن أبي يوسف أن الثمن ثمن العلانية[٤]، وهو مذهب الشافعية[٥] ووجه عند الحنابلة[٦].

---

(1) الكاساني، بدائع الصنائع (٥،٢٧٦)

(2) الكاساني، بدائع الصنائع (٥،١٧٧)

(3) البهوتي، كشاف القناع(٥،١٧٣)، المرداوي، الانصاف (٤،٢٥٤)

(4) الكاساني، بدائع الصنائع (٥،١٧٧)

(5) النووي، المجموع (٩، ٢٤٤)

(6) المرداوي، الأنصاف (٤،٢٥٤)

تعليل القول الأول:

أنهما إن لم يقولا عند المواضعة ألف منهما رياء وسمعة، فالثمن ما تعاقدا عليه؛ لأن الثمن اسم للمذكور عند العقد، والمذكور عند العقد الفان.

فإن لم يذكر ان أحدهما رياء وسمعة صحة تسمية الألفين؛ وذلك لأن ما تواضعا عليه في السر هو ما تعاقدا عليه في العلانية، إلا أنهما زادا عليه ألفا أخرى، والمواضعة السابقة أبطلت الزيادة لأنها هزل، حيث لم يقصداها، فلم يصح ذكر الزيادة في البيع بما تواضعا عليه وهو الألف[١].

وكذلك الحنابلة لأن البيع لا ينعقد تلجئة وهزلاً، فما اتفقا عليه دون ما عقدا به[٢].

وأما تعليل القول الثاني:

أنه لا أثر للاتفاق السابق، بدليل أنهما اتفقا على شرط فاسد، ثم عقدا بلا شرط، صح العقد[٣].

فالثمن هو ما ذكر في العقد، والألفان مذكوران، وأما ما ذكر في المواضعة فلا يعتبر، فيسقط حكمه لأنه لم يذكر حالة العقد[٤].

ب- حكم النوع الثاني:

بأن تكون التلجئة في جنس الثمن كما اتفقا في السر على أن الثمن ألف درهم، ثم يظهرا البيع بمائة دينار، فما الثمن الذي يعتد به؟

لم يختلف رأي الفقهاء[٥] في حكم هذه المسألة عمن سبقها إلا عند الحنفية فقد ذهب الحنفية[٦] الى انهما ان لم يقولا في المواضعة ان ثمن العلانية رياء وسمعة فالثمن ما تعاقدا عليه لما ذكر سابقا.

وأما إن قالا ذلك، فالقياس عندهم أن يبطل العقد، وأما في الاستحسان فإنه يصح بالثمن المعلن أي بمائة دينار.

---

(1) الكاساني، بدائع الصنائع (٥،١٧٧)
(2) البهوتي، كشاف القناع (٥، ١٧٣)
(3) النووي، المجموع (٩، ٢٤٤)
(4) الكاساني، بدائع الصنائع(٥، ١٧٧)، الموصلي، الاختيار (٢، ٢٢)
(5) النووي، المجموع(٩، ٢٤٤)
(6) الكاساني، بدائع الصنائع (٥، ١٧٧)

وجه القياس عند الحنفية:

أن ثمن السر لم يذكراه في العقد، وثمن العلانية لم يقصداه، فقد هزلا به، فسقط وبقي بيعا بلا ثمن، فلا يصح.

وأما وجه الاستحسان:

أنهما لم يقصدا بيعا باطلاً، بل بيعاً صحيحاً، فيجب حمله على الصحة ما أمكن، وهذا لا يتم إلا بثمن العلانية، فكأنهما تركا ما اشترطاه في الباطن، وذكرا الظاهر، فتعلق الحكم بالظاهر.

وهذه المسألة تختلف عن مسألة الألف والألفين السابقة؛ لأن الثمن المذكور المشروط في السر مذكور في العقد وزيادة، فتعلق العقد به[1]، وهذا في حالة ما إذا اتفقا على المواضعة.

وأما إذا اتفقا على أنه لم يحضرهما شيء حين العقد، أي لم يقع في خاطريهما وقت العقد أنهما بنيا على المواضعة أو أعرضا، أو اختلفا بأن قال أحدهما كنا معرضين عن المواضعة حين العقد، وقال الآخر بل كنا مصرين عليها.

فاختلف فقهاء الحنفية في ذلك[2]:

١- فعند الامام أبي حنيفة: العقد صحيح.

٢- وأما عند الصاحبين: العقد فاسد.

تعليل القول الأول[3]:

يصح العقد عند الإمام أبي حنيفة عملاً بأن الأصل في العقود الصحة واللزوم حتى يقوم المعارض، والمواضعة عارض لم يتفقا عليه، فلم يتأكد معارضاً للأصل، فيصح العقد وذلك اولى بالاعتبار من المواضعة التي لم تتصل بالعقد.

تعليل القول الثاني[4]:

أنهما اتفقا على حصول المواضعة ولم يتفقا على رفعها، كما أن العادة جارية بأن يبنيا على المواضعة كيلا يكون الاشتغال بها عبثاً، فهما ما تواضعا الا لصون المال عن يد المتغلب.

---

(1) الموصلي، الاختيار (٢، ٢٢)، الكاساني، بدائع الصنائع (٥، ١٧٧)

(2) الكاساني، بدائع الصنائع (٥،٧٧)

(3) المصدر نفسه،البخاري،كشف الأسرار (٤،٥٠١)

(4) الكاساني،بدائع الصنائع (٧٧،٥)

وقد رد الصاحبان على قول أبي حنيفة[١]:

بأن المواضعة متى سبقت فهي معارض قوي لأصل الصحة في العقود، والسبق من أسباب الترجيح.

إلا أنه يمكن الرد على ذلك[٢]:

بأن العقد متأخر، والعقد المتأخر يصلح ناسخاً للمتقدم إذا لم يعارضه ما يغيره، كما لو اتفقا على البناء.

وأما في هذه المسألة فلم يتحقق المغير، لأن أحدهما يدّعي عدم المضي، فالعقد باعتبار أن أصله الجد واللزوم من غير تحقق معارض، يكون ناسخاً للمواضعة السابقة.

في حالة اختلاف المتعاقدين:

إذا اختلف المتعاقدين، فادّعى أحدهما أن البيع كان تلجئة، وأنكر الآخر وزعم أن البيع بيع رغبة.

فالقول قول منكر التلجئة؛ لأن الظاهر شاهد له، فكان القول قوله مع يمينه على ما يدّعيه صاحبه من التلجئة اذا طلب الثمن.

وهذا القول بحسب ظاهر الرواية عن أبي حنيفة؛ لأنه يعتبر المواضعة السابقة[٣].

واما على رواية ابي يوسف عن ابي حنيفة، فلا يلتفت الى هذه الدعوى؛ لأنه يعتبر العقد الظاهر، وهي وإن صحت إلا أنها لا تؤثر في البيع الظاهر.

ففي مختصر الطحاوي أنه على قول أبي حنيفة فالقول لمن يدّعي جواز البيع، وعلى قولهما القول لمن يدّعي التلجئة والعقد فاسد[٤].

ولم يصرّح جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة في حالة اختلاف المتعاقدين بإدّعاء أحدهما التلجئة وإنكار الآخر، إلا أن المالكية[٥] ذكروا بيع المضغوط، وهو المكره

---

(1) البخاري،كشف الأسرار (٤،٥٠١)

(2) الكاساني،بدائع الصنائع (٥،٧٧)

(3) ابن عابدين، رد المحتار (٥، ٢٩٠).

(4) المصدر نفسه (٥، ٢٩٠).

(5) ميادة، محمد بن أحمد الفاسي، الاتقان والأحكام في شرح تحفة الحكام المعروف بشرح ميادة، دا المعرفة، ج٢ ص١٣.

المضيّق عليه، ولكن بما أنهم متفقون على أن الأصل في العقود الصحة[1]، فمعنى ذلك أن مـــن يدّعي فساد العقد أو بطلانه عليه أن يثبت ذلك، فإذن كان القول قول منكر التلجئة؛ لأنه يـــدّعي صحة العقد وهو ما يوافق الأصل، وعلى المنكر البيّنة.

(1) سبق وأن تم شرح المسألة.

المبحث الثاني

الهزل والصورية

المطلب الأول

الهزل

لو قال أحدهما نحن نتكلم بلفظ العقد هازلين، ثم تم التعاقد بين طرفين، فهل حكم هذه المسألة كحكم التلجئة باعتبار عدم القصد؟ أم أن ما سبق كان لضرورة وهنا لا ضرورة في ذلك؟

قبل ذلك لا بد من بيان معنى الهزل ثم علاقته بالتلجئة.

معنى الهزل:

في اللغة[١]: الهزل نقيض الجد.

والهزل واللعب من باب واحد.

قال تعالى: (وما هو بالهزل)[٢] أي ليس بهذيان، أي ما هو باللعب.

وفلان يهزل في كلامه إذا لم يكن جاداً.

تقول: أجاد أنت أم هازل؟

وأما في اصطلاح الفقهاء:

فالهزل عن الحنفية: أن يراد بالكلام غير ما وضع له[٣].

---

(1) ابن منظور، لسان العرب م ١٥،ص٨٩.

(2) سورة الطارق: ١٤.

(3) السرخسي، المبسوط (٢٤،١٢٢).

أي أنه كلام لا يقصد به ما صلح له الكلام بطريق الحقيقة، ولا ما صلح لــه بطريــق المجاز[١].

وقد بيّن البزدوي علاقة التلجئة بالهزل: فالتلجئة أن تأتي أمراً باطنه خــلاف ظــاهره، فتكون التلجئة نوعا من الهزل، والهزل أعم منها، لأن اشتراطه قد يكون سابقا على العقد، وقــد يكون مقارناً له، كما في القول: بعتك هازلاً، واشتراط التلجئة لا يكون إلا سابقاً على العقد إلا أن الأظهر أنهما سواء في الاصطلاح[٢].

وعند الشافعية: الهزل قصد اللفظ لمعناه مع عدم الرضى[٣].

وشرط ثبوت الهزل واعتباره في التصرفات، أن يكون صــريحاً مشــروطا باللســان كالقول: أي أبيع هذا الشيء هازلا، أو يقال : نحن نتكلم بلفظ العقد هزلاً فلا يكتفى فيه بدلالــة الحال[٤].

إلا أنه لا يشترط ذكره في العقد نفسه، إذ لو اشترط ذلك لا يحصل المقصود، وهــو أن يعتقد الناس التصرف الذي هزلا به جدا ولا يكون كذلك حقيقة[٥].

أثر الهزل:

ذهب الحنفية إلى أن الهازل يتكلم بصيغة العقد مثلا باختياره ورضاه، لكنــه لا يختــار ثبوت الحكم ولا يرضاه، فهو وإن تكلم بالألفاظ إلا أنه لا يريد ثبوت الأثر المترتب عليها[٦].

فالهزل لا ينافي الأهلية أصلا، وإن كان الفقهاء قد اعتادوا على تصنيف الهزل بأنه من العوارض المكتسبة.

إلا أن الشيخ الزرقا[٧] بيّن حقيقة الهزل بأنه انتفاء ركن التصرف القــولي؛ لأن ركنــه تعبير جازم عن الإرادة، وبالهزل تنتفي دلالة هذا التعبير.

(1) البخاري، كشف الاسرار، (٤، ٤٩٦ وما تليها).
(2) المصدر نفسه (٤، ٤٩٧).
(3) الشربيني، مغني المحتاج (٢، ١٦)، الرملي، نهاية المحتاج (٣، ٣٧٥).
(4) البخاري، كشف الاسرار (٤، ٤٩٧).
(5) المصدر نفسه (٤، ٤٩٧).
(6) اميربادشاه، تيسير التحرير (٢،٢٩٠).
(7) الزرقا، في حاشية المدخل الفقهي (٢، ٨١٥).

فقد اعتبره أبعد ما يكون عن معنى عوارض الأهلية؛ فالاختلاف في صحة تصرفاته لا لفقدان أهلية العاقد او نقصانها، وإنما لانتفاء إرادة العاقد الحقيقية فيه، بدليل أن الشارع اعتبر الهزل كالجد في بعض التصرفات استثناء كالنكاح مثلا.

ويعتبر الهزل عند الحنفية كخيار الشرط، فإنه إذا بيع بالخيار، فالرضى بالمباشرة حاصل، لا بالحكم وهو الملك[١].

إلا أن الهزل يفرق عن خيار الشرط، بأن خيار الشرط يشترط ذكره في العقد نفسه، ولا يكتفى باشتراطه باللسان مثل العقد؛ لأنه لدفع الغبن ومنع الحكم عن الثبوت بعد انعقاد السبب، ولا يحصل ذلك إلا بأن يكون متصلاً بالعقد[٢].

أثر الهزل على العقد:

يختلف حكم الهزل باختلاف نوع العقد:

أ- في عقود المبادلات المالية كالبيع، أو التي محلها المال كالهبة والوديعة والعارية، اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

١- ذهب الحنفية[٣] والمالكية[٤] وقول عند الشافعية[٥] والمشهور عند الحنابلة[٦] أنه لا ينعقد.

٢- وأما الراجح عند الشافعية[٧]: أنه يصح بيعه.

وقد استدل الشافعية بما يلي:

١- أن الهازل قد أتى باللفظ مع قصد واختيار، وعدم رضاه بوقوعه لظنه أنه لا يقع، لا أثر له لخطأ ظنه[٨].

---

(1) صدر الشريعة،التوضيح (٢، ١٨٧).

(2) البخاري، كشف الاسرار (٤، ٤٩٧).

(3) ابن نجيم، الاشباه ص ٣٥، ابن عابدين، رد المحتار (٢، ٣٦٣).

(4) حاشية الدسوقي ج٤ ص٣.

(5) النووي، المجموع ج٩ ص ١٢٤.

(6) ابن قدامة، المغني ج٦ ص ٥٣٥، غاية المنتهى ج٣ ص١٧٧.

(7) الشربيني، مغني المحتاج (٢، ١٦)، النووي، المجموع (٩، ١٢٤).

(8) الشربيني، مغني المحتاج (٢، ١٦).

٢- قولــه تعالى: (يا أيهــا الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطــل إلا أن تكــون تجارة عن تراض منكم)[١].

فالرضا أمر خفي لا يمكن الاطلاع عليه، فجعلت الصيغة دليلا علــى الرضــا، فوجــه الدلالة في الآية:

أنه اقتصر فيها على مجرد التراضي، والمراد ما يدل عليه فيشمل الهزل وغيره[٢].

إلا أن جمهور الفقهاء ذهبوا إلى عدم صحة عقد الهازل -باستثناء النكاح- لورود نــص خاص به، فالهازل لم يقصد إنشاء العقد إلا أن عليه أن يثبت هزله وذلك لحرص الشريعة على استمقرار المعاملات.

٢- وأما في العقود التي يكون المال فيها تبعا مثل النكاح، فقد يكون الهزل باصل النكاح او بقدر الصداق أو بجنسه.

الهزل في أصل النكاح:

لو قال رجل لامراة: إني أريد أن أتزوجك بألف دينار تزوجا هزلاً، ووافقتــه المــرأه ووليها على ذلك، وحضر الشهود هذا الأمر ثم تزوجها.

فقد اتفق جمهور الفقهاء[٣] -الحنفية والمالكية والشــافعية والحنابلــة- علــى أن العقــد صحيحاً ولا أثر للهزل فيه.

وذلك لقوله -صلى الله عليه وسلم-: (ثلاثة جدّهن جد وهزلهن جد، النكــاح والطــلاق والرجعة)[٤].

كما أن الهزل إنما يؤثر فيما يحتمل الفسخ بعد تمامه، والنكاح غير محتمل للفسخ، فــلا يؤثر فيه الهزل[٥].

---

(1) سورة النساء: ٢٩.

(2) الرملي، نهاية المحتاج (٣، ٢٧٥).

(3) السرخسي، المبسوط ، ج١٤، ص ١٤٢، مالك بن أنس، المدونة الكبرى، ج٢ ص ١٣١-١٣٢، الرملي، نهاية المحتاج٦، ٢٠٩ ابن قدامة، المغنى،ج٧ ص ٤٣١.

(4) حديث حسن غريب، أخرجه أبو داوود، جامع الترمذي ص٢٨٨، رقم الحديث ١١٨٤ (ط١). دار السلام.

(5) البخاري، كشف الاسرار،ج٤ ص ٤٩٩.

وينعقد النكاح صحيحا قضاء وديانة، سواء اتفقا على الإعراض أو البناء، أو أنه لم يحضرهما شيء أو اختلفا، لعدم تأثير الهزل في النكاح[١].

ولأن النكاح لا تمتنع صحته بعد اختيار السبب، لعدم اختيار الحكم، كما لو شرط الخيار فيه كان النكاح صحيحاً[٢].

المواضعة في جنس المهر:

أن قال رجل لامراة ووليها إني أريد أن اتزوجك بألف درهم، وأظهر في العلانية مائة دينار، وأجابه الولي أو المرأة إلى ذلك، فتزوجها على مائة دينار.

فما مهر المرأة؟.

اختلف الفقهاء في ذلك:

١- عند الحنفية[٣].

اللازم مهر المثل؛ لأنه بمنزلة التزوج بدون مهر، إذ لا سبيل إلى ثبوت المسمى؛ لأن المال لا يثبت بالهزل، ولا إلى ثبوت المتواضع عليه؛ لأنه لم يذكر في العقد بخلاف المواضعة في القدر، فإن المتواضع عليه قد يسمى في العقد مع الزيادة، وبخلاف البيع فإن فيه ضرورة إلى اعتبار التسمية، لأنه لا يصح بدون تسمية الثمن، والنكاح يصح بدون تسمية المهر.

٢- وعند المالكية[٤].

فالمعتبر عندهم مهر السر، فالحكم نفسه كما في المواضعة في قدر المهر.

٣- وأما الحنابلة[٥]:

فمهر العلانية؛ لأنها تسمية صحيحة في عقد صحيح، فوجبت كما لو لم يتقدمها اتفاق على خلاف، حتى لو كانا من جنسين مختلفين.

والذي يظهر وجاهة رأي الحنفية، لأن النكاح وإن صح بدون تسمية فيصار إلى مهر المثل.

---

(1) أميريادشاه، تيسير التحرير، ج٢ ص ٢٩٥.

(2) السرخسي، المبسوط، ج١٤ ص١٤٢

(3) أمير بادشاه، تيسير التحرير (٢، ٢٩٦).

(4) حاشية الدسوقي (٢، ٣١٣).

(5) ابن قدامة، المغني (٨، ٨٣).

وأما مهر السر فلم يذكر في العقد، وأما مهر العلانية فالمهر مال، والمال لا يثبت بالهزل، وبذلك يصار الى مهر المثل. -والله اعلم-.

المواضعة في قدر المهر:

إن قال رجل لامرأة ووليها إني أريد أن أتزوجك بألف درهم، وأظهر في العلانية ألفين، وأجابه الولي أو المرأة إلى ذلك، فتزوجها على ألفين علانية.

لا خلاف بين الفقهاء في أن النكاح جائز بكل حال.

ولكن ما المهر المسمى للمرأة إذا اتفقا على البناء؟

اختلف الفقهاء في ذلك:

١- فقد ذهب الحنفية[١] والمالكية[٢] وقول عند الشافعية[٣].

أن المهر ألف، لأنهما قصدا الهزل بذكر أحد الألفين، والمال مع الهزل لا يجب.

٢- والأصح عند الشافعية[٤] وهو مذهب الحنابلة[٥].

أن المهر ألفان؛ لأنها تسمية صحيحة في عقد صحيح، فوجبت كما لو لم يتقدمها اتفاق على خلاف .

ويظهر اختلاف الحكم عند الإمام أبي حنيفة في مسألة النكاح عنها في البيع، حيث المواضعة دون التسمية، وخلاف ذلك في البيع.

وتعليل ذلك:

أن ذكر أحد الألفين على وجه الهزل بمنزلة شرط فاسد، والشرط الفاسد يؤثر في البيع ولا يؤثر في النكاح، لا في أصل العقد ولا في الصداق[٦].

كما أن البدل في البيع وإن كان وصفاً وتبعاً بالنسبة إلى البيع، إلا أنه مقصود بإيجاب لكونه أحد ركني البيع ولهذا يفسد البيع بفساده أو جهالته، وبدون ذكره، فيترجح البيع بالثمن، بمعنى أنه يجب تصحيح البيع لتصحيح الثمن، بخلاف البدل في النكاح فأنه إنما شرع إظهاراً

---

(1) البزدوي، كشف الاسرار ج٤ ص ٣٦٣.

(2) حاشية الدسوقي، ج٢ ص ٣١٣.

(3) النووي، المجموع، ج٩، ص ١٢٤.

(4) المصدر نفسه ج٩ ص ١٢٤.

(5) ابن قدامة، المغني الكبير، ج٨ ص ٨٣.

(6) أميرياد شاه، شرح التحرير ج٢ ص١٩٥

لخطر المحل لا مقصوداً، وإنما المقصود ثبوت الحل في الجانبين للتوالد و التناسل، ولهذا يصح النكاح بدون ذكر المهر، ويتحمل فيه من الجهالة ما لا يحتمل من غيره[١].

حكم وجود عقدين:

إذا تعاقدا في السر بثمن، ثم تواضعا على أن يظهر عقداً بأكثر منه أو بجنس آخر فأي العقدين تسري أحكامه على المتعاقدين؟

عند الحنفية[٢]:

إن لم يقولا أن العقد الثاني رياء وسمعة، فالعقد الثاني يرفع العقد الأول، ويكون الثمن بحسب ما ذكر في العقد الثاني .

وقد علّل الحنفية ذلك:

لأن البيع يحتمل الفسخ والإقالة، فشروعهما في العقد الثاني إبطال الأول فيبطل الأول وانعقد الثاني بما سمى عنده.

وأما إن قالا رياء وسمعة، فيفرق بين حالتين:

١- إن كان الثمن من جنس الأول:

فيعتد بالعقد الثاني.

وتعليل ذلك:

أن البيع يحتمل الفسخ، فكان العقد هو الثاني، ولكن بالثمن الأول، والزيادة باطلة لأنهما أبطلاهما حيث هزلا بها[٣].

٢- وان كان الثمن من جنس آخر:

فقد أبطلا المسمى في العقد الثاني، فلم يصح، فبقي العقد الأول.

فالضابط عند الحنفية كما بيّن ابن بخيم[٤]:

أن كل عقد أعيد وجُدِّد، فإن الثاني باطل، والنكاح بعد النكاح باطل كذلك.

---

(1) البخاري، كشف الاسرار (٤، ٤٩٩).

(2) الكاساني، بدائع الصنائع ج٥ ص١٧٧.

(3) المصدر نفسه ج٥ ص ١٧٧

(4) ابن بخيم، الاشباه ص ٢٣٧.

إلا في مسائل منها:

الشراء بعد الشراء صحيح، وهناك من قيد ذلك بأن يكون الثاني أكثر ثمناً من الأول، أو أقل أو بجنس آخر وإلا فلا.

المطلب الثاني

الصورية

وهو مصطلح ذو تسمية حديثة، فقد أورده د.الزحيلي[١] عندما قصد وجود الإرادة الظاهرة وحدها، وانعدام الإرادة الباطنة فيكون العقد صورياً.

ثم أدرج من أحوال العقد الصوري الهزل و التلجئة أو المواضعة .

وبالنسبة للمتعاقدين فإن العقد الصوري لا وجود له، والعقد الحقيقي هو الذي يسري في حقهم بقدر ما تتوافر فيه شروط الصحة، فالمتعاقدان قد أرادا العقد المستتر لا العقد الظاهر، فيلتزمان بما أراداه[٢].

وإن تمسك أحدهما بالعقد المستتر، وتمسك الآخر بالعقد الظاهر، فالعقد الظاهر هو الذي يعمل به، ويعتبر عقداً جدّياً لا صورياً، ويقع عبء الإثبات على مدعي صورية العقد بحسب قواعد الإثبات[٣].

(1) وهبه الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته (٤، ١٩٠).

(2) السنهوري،نظرية العقد ص ٨٣٦.

(3) المرجع نفسه، ص٨٣٧.

الخاتمة

من أهم نتائج البحث:

١. يقصد باختلاف المتعاقدين: أن أحد المتعاقدين يرى أن العقد ينبغي أن يتم تنفيذه بطريقة تختلف عما يراه المتعاقد الآخر.

٢. قاعدة (البينة على المدعي واليمين على من أنكر) تستوجب من القاضي أن يميز بين المدعي من المدعى عليه، لأنه سيحمل المدعي عليه العبء الأثقل وهو البينة، ويجعل على المدعي العبء الأخف، وأي خطأ في ذلك سيؤدي إلى الخطأ في الحكم والظلم في القضاء.

٣. أنه لا يترتب على جحود العقد انفساخه، فيمكن للطرف الآخر أن يتمسك بالعقد، ثم له بعد الإثبات المطالبة بتنفيذه.

٤. ان الأصل في العقود الجارية بين المسلمين الصحة وبذلك إذا ادعى أحد المتعاقدين فساد العقد، وادعى الآخر صحته، فالأصل تصديق مدعي الصحة بيمينه.

٥. إن قصد أحد المتعاقدين معنى آخر غير ما تبادر إلى ذهن المتعاقد الآخر، وتم العقد، فإن كان اللفظ مما لا يحتمل العقد الآخر فلا يعتد بقصده، وأما إن كان محتملاً للمعنى الآخر كما في لفظ الحوالة فإنها تحتمل معنى الوكالة فالراجح بأنه في إثبات دين على إنسان لا بد من القطع من جهة اللفظ.

٦. في عقود الإذعان يكون تفسير الشك لمصلحة الطرف المدعي لأنه كان بإمكان الطرف الآخر أن يفرض على المذعن شروطاً واضحة بيّنة، وإلا فيتحمل تبعة ذلك.

٧. أن ادعى أحدهما أن العقد صورياً لوجود عقد مستتر، وادعى الآخر جدية العقد الظاهر، فيقع عبء الإثبات على مدعي صورية العقد بحسب قواعد الإثبات

المراجع والمصادر:

- **القرآن الكريم**
- الآبي، صالح عبد السميع، (١٩٩٧)، **جواهر الإكليل**، بيروت، دار الكتب العلمية.
- الأسنوي، جمال الدين عبد الرحيم بن الحسن، (١٩٨٢)، **نهاية السول في شرح منهاج الأصول**، بيروت: عالم الكتب.
- إبراهيم، أحمد بك، (١٩٤٤)، **مذكرة مبتدأة في بيان الالتزامات**، مصر: مكتبة عبد الله وهبة.
- ابن أبي الدم، شهاب الدين أبو إسحاق بن عبد الله، **كتاب أدب القضاء.**
- اسكندر، نجيب، (٢٠٠١)، **معجم المعاني للمترادف والمتوارد**، (ط١). دار الآفاق العربية.
- الأصفهاني، أبو القاسم الحسين بن محمد، (١٩٦١)، **المفردات في غريب القرآن**. (ط أخيرة). مصر: مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده.
- الألوسي، أبو الفضل شهاب الدين السيد محمود، **روح المعاني في تفسير القرآن العظيم**، بيروت: دار الفكر.
- الأمير، محمد، **الإكليل شرح مختصر خليل**. مصر، مكتبة القاهرة.
- أميربادشاه، محمد أمين محمود، (١٩٨٣)، **تيسير التحرير**. بيروت: دار الكتب العلمية.
- البابرتي، كمال الدين محمد بن محمود، (١٩٧٧)، **شرح العناية على الهداية**، (ط٢). دار الفكر.
- الباجي، أبو الوليد سليمان، (١٩٨٣)، **المنتقى شرح موطأ الأمام مالك**. (ط٣). بيروت: دار الكتب العلمية.
- باز، سليم رستم، (١٩٢٣)، **شرح المجلة**، بيروت: المطبعة الأدبية.

- باعلوى، عبد الرحمن بن محمد بن حسين بن عمر، **بغية المسترشدين**. بيــروت: دار المعرفة.

- البجيرمي، سليمان بن محمد، (١٩٥١)، **حاشية البجيرمي على الخطيب**. (ط أخيــرة). مصر: شركة مكتبة مصطفى البابي الحلبي.

- الباحسين، يعقوب بن عبد الوهاب، (١٩٩٩)، **قاعدة الأمور بمقاصدها**. الرياض: مكتبة الرشد.

- البخاري، علاء الدين عبد العزيز بن أحمد، (١٩٩٧)، **كشف الأسرار عن أصول فجر الإسلام البزدوي**. (ط١). بيروت: دار الكتب العلمية.

- البخاري، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل، (١٩٤-٢٥٦هـ)، **صحيح البخاري**، (ط١)، بيروت دار أحياء التراث العربي، ٢٠٠١م.

- البستاني، بطرس، (١٩٨٧). **محيط المحيط**. لبنان: مطابع تيبو.

- أبو البقاء، أيوب بن موسى الحسيني الكفوي، (١٩٩٢). **الكليات**. (ط١). تحقيق: عدنان درويش، محمد المصري. بيروت: مؤسسة الرسالة.

- البقاعي، عمر، **فيض الإله المالك في حل ألفاظ عمدة السالك وعدّة الناسك**، بيــروت، دار الكتب العلمية.

- البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس، (١٣٩٤هـ)، **كشاف القناع**، مكــة: مطبعــة الحكومة.

- البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس، **شرح منتهى الارادات**، بيروت: عالم الكتب.

- البيهقي،أبو بكر أحمد بن الحسين، (١٩٩٩). **السنن الصــغرى**. (ط١). بيــروت: دار المعرفة.

- التسولي، أبو الحسن علي بن عبد السلام، (١٩٩٨)، **البهجة في شرح التحفة**، (ط١). بيروت، دار الكتب العلمية.

- التفتازاني، سعد الدين مسعود ابن عمر، **شرح التلويح على التوضيح**، بيروت: دار الكتب العلمية.

- ابن تيمية، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم الحراني، **نظرية العقد**، بيروت، دار المعرفة.

- ابن تيمية، مجد الدين أبو البركات عبد السلام بن عبد الله بن الخضر الحرّاني، (١٩٩٩)، **المحرر في الفقه**. (ط١). تحقيق: محمد حسن محمد إسماعيل. بيروت: دار الكتب العلمية.

- الجرجاني، علي أحمد، (١٩٣٨)، **حكمة التشريع وفلسفته**. (ط٤). مصر.

- الجرجاني، علي محمد السيد الشريف، (١٩٩١). **التعريفات**، تحقيق: عبد المنعم الحنفي. القاهرة: دار الرشيد.

- ابن جزيء، محمد بن أحمد، (٢٠٠٠)، **القوانين الفقهية**. (ط١). بيروت: المكتبة العصرية.

- الجصاص، أبو بكر احمد بن على الرازي، (١٩٩٤). **أحكام القران**. (ط١). بيروت: دار الكتب العلمية.

- الجمل، سليمان بن منصور العجيلي ، **فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب المعروف بحاشية الجمل**، دار الفكر.

- الجويني، أبو المعالي عبد الملك بن عبد الله بن يوسف، (١٩٩٦)، **كتاب التلخيص في أصول الفقه**. (ط١). بيروت: دار البشائر الإسلامية.

- ابن حجر العسقلاني، أحمد بن علي، (١٩٩٧)، **فتح الباري شرح مختصر خليل**، (ط١). الرياض، مكتبة السلام.

- ابن حجر العسقلاني، (١٩٩٨)، **تلخيص الحبير**، (ط١)، بيروت: دار الكتب العلمية.

- ابن حجر الهيثمي، شهاب الدين أبو العباس أحمد بن محمد بن علي، (٢٠٠٠)، **تحفة المحتاج بشرح المنهاج.** (ط١)، بيروت: دار الكتب العلمية.

- حسام الدين حسين بن علي حجاج السغناقي، (٢٠٠١)، **الكافي شرح البزدوي**، (ط١). الرياض: مكتبة الرشيد.

- حسين، أحمد فراج، **الملكية ونظرية العقد.** (ط١). القاهرة: مؤسسة الثقافية الجامعية.

- الحصيني، تقي الدين أبو بكر بن محمد بن عبد المؤمن، (١٩٩٧)، **كتاب القواعد.** (ط١).الرياض، مكتبة الرشد.

- حطاب، أبو عبد الله محمد بن محمد، (١٩٩٢)، **مواهب الجليل لشرح مختصر خليل.** (ط٣). دار الفكر.

- الحموي، أحمد بن محمد، **غمز عيون البصائر**، دار الكتب العلمية.

- حيدر، علي،(١٩٢٥)، **درر الحكام شرح مجلة الأحكام**، حيفا: المطبعة العباسية.

- الخرشي، محمد عبد الله بن علي، (١٩٩٧). **حاشية الخرشي.** (ط١). بيروت: دار الكتب العلمية.

- الخصاف، حسام الدين ابن عمر بن عبد العزيز البخاري المعروف بالصدر الشهيد، (١٩٧٧)، **شرح أدب القاضي.** (ط١). بغداد: مطبعة الإرشاد.

- داما دافندي، عبد الرحمن بن محمد، (١٩٩٨)، **مجمع الأنهر**، (ط١). بيروت: دار الكتب العلمية.

- أبو داود، **مختصر سنن أبي داود**، (ط١)، بيروت، دار الكتب العلمية ٢٠٠١م.

- الدريني، السيد نشأت، (١٩٨٢)، **التراضي في عقود المبادلات المالية.** (ط١). دار الشروق للنشر.

- الدريني، فتحي، (١٩٩٠)، **النظريات الفقهية.** (ط٢). دمشق: مطبوعات جامعة دمشق.

- الدريني، محمد فتحي، (١٩٩٤). **بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله**. بيروت، مؤسسة الرسالة.

- الدسوقي، شمس الدين الشيخ محمد عرفة، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبيــر**. دار الفكر.

- الدردير، أبو البركات احمد بن محمد بن احمد، (١٣٩٣هـ)، **الشرح الصغير**. مصر: دار المعارف.

- الرازي، محمد بن أبي بكر عبد القادر، **مختار الصحاح**، البراعم للإنتاج الثقافي.

- الرافعي، أبو القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكــريم، (١٩٩٧)، **العزيــز شــرح الوجيز**. (ط١). بيروت: دار الكتب العلمية.

- ابن رجب، زين الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن أحمــد الحنبلــي، (٢٠٠٠)، **جــامع العلوم والحكم**. (ط٣). بيروت: المطبعة العصرية.

- ابن رجب ، أبو الفرج عبد الرحمن الحنبلي، **القواعد**، دار الكتب العلمية.

- الرحيباني، مصطفى السيوطي، (١٩٦١). **مطالب أولى النهي في شرح غاية المنتهى**. (ط١). دمشق: منشورات المكتب الإسلامي.

- ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد القرطبــي، **المقــدمات الممهــدات**، دار الغــرب الإسلامي.

- ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمــد، (١٩٨٦). **بدايــة المجتهــد ونهايــة المقتصد**. (ط٨). بيروت: دار المعرفة.

- الرملي، شمس الدين محمد بن أبي العباس، (١٩٩٣)، **نهايــة المحتــاج إلــى شــرح المنهاج**. بيروت، دار الكتب العلمية.

- زاده أفندي، شمس الدين أحمد بن قودر، (١٩٩٥)، **تكملة شرح فتح القدير**. (ط١). بيروت: دار الكتب العلمية.
- الزحيلي، وهبة، (١٩٨٤)، **الفقه الإسلامي وأدلته**. (ط١). دمشق: دار الفكر.
- **الزحيلي، محمد مصطفى**، (١٩٨١)، أصول المحاكمات الشرعية والمدنية. **مؤسسة الوحدة.**
- الزحيلي، محمد مصطفى، (١٩٨٩)، **العقود المسماة**، جامعة دمشق.
- الزرقا، مصطفى أحمد، (١٩٦٩)، **القانون المدني السوري**. القاهرة: معهد البحوث والدراسات العربية.
- الزرقا، مصطفى أحمد، (١٩٦٧)، **المدخل الفقهي العام**. (ط٩). دمشق: مطابع ألف باء الأديب.
- الزركشي، بدر الدين، (١٩٨٨)، **البحر المحيط في أصول الفقه**. (ط١). الكويت: وزارة الأوقاف.
- الزركشي، أبوعبد الله بدر الدين محمد بن بهادر، (٢٠٠٠)، **المنثور في القواعد**. (ط١). بيروت: دار الكتب العلمية.
- زكريا، أبو يحيى، (٢٠٠١)، **أسنى المطالب شرح روض الطالب**. (ط١). بيروت: دار الكتب العلمية.
- زكريا، زكريا بن محمد الأنصاري، **الغرر البهية في شرح البهجة الوردية المعروف بشرح البهجة**، المطبعة الميمنية.
- أبو زهرة، محمد، (١٩٧٧)، **الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية**. القاهرة: دار الفكر العربي.

- زيدان، عبد الكريم، (١٩٨٥)، **الوجيز في أصول الفقه**، بيروت، مؤسسة الرسالة.
- الزيلعي، جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف، (١٩٩٧)، **نصب الراية لأحاديث الهداية**. (ط١). بيروت: مؤسسة الريان.
- الزيلعي، فخر الدين عثمان بن علي، (٢٠٠٠). **تبيين الحقائق**. (ط١). بيروت: دار الكتب العلمية.
- سانو، قطب مصطفى، (٢٠٠٠). **معجم مصطلحات أصول الفقه**. (ط١). بيروت: دار الفكر.
- السبكي، تاج الدين عبد الوهاب ابن عبد الكافي، (١٩٩١)، **الأشباه والنظائر**. (ط١). بيروت، دار الكتب العلمية.
- سراج، محمد، **نظرية العقد**، الاسكندرية: دار المطبوعات الجامعية.
- السرخسي، أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل، (٢٠٠١). **المبسوط**. (ط١). بيروت: دار الكتب العلمية.
- السرخسي، أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل، (١٩٩٧)، **أصول السرخسي**، (ط١). بيروت، دار المعرفة.
- سعيد عبد السلام، (١٩٩٢)، **سلطة محكمة النقض في الرقابة على تفسير عقود الإذعان**، شبين الكوم : الولاء للطبع والتوزيع
- السمناني، أبو القاسم علي بن محمد الرحبي، (١٩٨٤)، **روضة القضاة وطريق النجاة**. (ط٢)، تحقيق: د. صلاح الدين الناهي. بيروت: مؤسسة الرسالة.
- السنهوري، عبد الرزاق أحمد، (١٩٤٣)، **نظرية العقد**، (ط١). القاهرة، مطبعة دار الكتب المصرية.
- السنهوري، عبد الرزاق أحمد، (١٩٦٦). **الوجيز في شرح القانون المدني**. القاهرة: دار النهضة.
- السنهوري، عبد الرزاق أحمد ، (١٩٥٤)، **مصادر الحق في الفقه الاسلامي**، بيروت، منشورات محمد الداية.

- سوار، وحيد الدين، (١٩٧٩)، **التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي**، (ط٢). الجزائر، الشركة الوطنية للنشر .

- السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن، (١٩٨٣)، **الأشباه والنظائر**. (ط١). بيروت: دار الكتب العلمية.

- الشاشي، سيف الدين أبو بكر محمد بن أحمد، **حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء**، تحقيق: د. ياسين أحمد درادكة. عمان، دار الأرقم.

- الشاطبي، أبو اسحاق ايراهيم بن يوسف، (١٩٧٥)، **الموافقات في أصول الشريعة**، (ط٢). بيروت، دار المعرفة.

- الشافعي،محمد بن ادريس، **الأم**، بيروت، دار المعرفة.

- الشربيني، شمس الدين محمد بن محمد الخطيب، (١٩٩٤)، **الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع**. (ط١). تحقيق: علي محمد معوّض وعادل أحمد عبد الموجود. بيروت: دار الكتب العلمية.

- الشربيني، شمس الدين محمد بن محمد الخطيب، (١٩٥٨)، **مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج**، مصر :شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده.

- الشرقاوي عبد الله بن حجازي بن إبراهيم، **حاشية الشرقاوي**، دار المعرفة بيروت.

- الشواربي، عبد الحميد، (١٩٩٦)، **التحكيم والتصالح في ضوء الفقه والقضاء والتشريع**. منشأة المعارف.

- الشيباني، محمد بن الحسن، (١٩٥٤)، **الأصل**. مطبعة جامعة القاهرة .

- الشيرازي، أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزأبادي، (١٩٧٦)، **المهذب**. (ط٣). مصر: شركة مكتبة ومطبعة البابي الحلبي وأولاده.

- الطحاوي، أبو جعفر أحمد بن محمد، **اختلاف الفقهاء**، إسلام أباد، مطبعة معهد البحوث الإسلامية

- الطرابلسي، ابن خليل علاء الدين بن علي، (١٩٧٣)، **معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين**، (ط٢). مصطفى البابي الحلبي.

- ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز، (١٩٩٨). **رد المحتار على الدر المختار**. (ط١). بيروت: دار احياء التراث العربي.

- ابن عبد البر، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد القرطبي، (١٩٨٠)، **الكافي**. (ط٢). الرياض: مكتبة الرياض.

- عبد الوهاب، أبو محمد بن علي بن نصر، (١٩٩٩)، **الإشراف على نكت الخلاف**. (ط١). بيروت: دار ابن حزم.

- العطار، حسن، **حاشية العطار على جمع الجوامع**، بيروت، دار الكتب العلمية.

- عليش، أبو عبد الله محمد بن أحمد، **شرح الجليل على مختصر العلامة خليل**، طرابلس، مكتبة النجاح.

- العيني، بدر الدين محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن الحسين، (٢٠٠٠)، **البناية في شرح الهداية**. (ط١). بيروت، دار الكتب العلمية.

- الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد، **المستصفى من علم الأصول**. (ط١). بيروت، مؤسسة الرسالة، ١٩٩٧م.

- الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد، (١٩٩٧)، **الوجيز في فقه الامام الشافعي**، (ط١). تحقيق: علي معوّض وعادل عبد الموجود، بيروت، دار الأرقم.

- الغمراوي، محمد الزاهري، **السراج الوهاج**، دار الفكر.

- ابن الفرا، أبو محمد الحسين بن مسعود بن محمد، (١٩٩٧). **التهذيب في فقه الامام الشافعي**. (ط١). تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوّض. بيروت : دار الكتب العلمية.

- ابن فرحون، برهان الدين أبن الوفاء إبراهيم، (١٣٠١هـ)، **تبصرة الحكام في أصول الاقضية ومناهج الأحكام.** (ط١)، مصر: المطبعة العامرية.
- الفقي، محمد علي، (٢٠٠٢)، **فقه المعاملات**، الرياض، دار المريخ.
- الفيروزأبادي، مجد الدين محمد بن يعقوب الشيرازي، **بصائر ذوي التميز في لطائف الكتاب العزيز**، تحقيق: محمد علي النجار. بيروت: المكتبة العلمية.
- الفيومي، أحمد بن محمد بن علي المقري، (١٩٢١). **المصباح المنير**. (ط٤). القاهرة، المطبعة الأميرية.
- ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد، (١٩٨٤)، **المغني**. (ط١)، بيروت: دار الفكر.
- ابن قدامة، موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد، (١٩٩٧)، **روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه**. (ط٥). الرياض: مكتبة الرشيد.
- قدري، محمد باشا، (١٩٨٧). **مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان**. (ط١). الأردن: الدار العربية للتوزيع والنشر.
- القرافي، شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس، (١٩٩٤)، **الذخيرة**، (ط١). بيروت، دار الغرب الإسلامي.
- القرافي، شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس، (١٩٩٨)، **الفروق**، (ط١)، ومعه إدرار الشروق على أنواء الفروق، لأبي القاسم قاسم بن عبد الله ابن الشاط، بيروت، دار الكتب العلمية.
- القرافي، شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس، (٢٠٠١)، **العقد المنظوم في الخصوص والعموم**، (ط١)، بيروت، دار الكتب العلمية.
- القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد، (١٩٦٧). **الجامع لأحكام القران**. (ط٣). دار الكتاب العربي.
- القليوبي، شهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلامة، (١٩٩٧). **حاشية القليوبي**. (ط١). بيروت: دار الكتب العلمية.

- ابن قيم، أبوعبد الله محمد بن قيم الجوزية، **الطرق الحكمية**. بيروت: دار أحياء العلوم.
- ابن قيم الجوزية، (١٩٧٣)، **اعلام الموقعين من رب العالمين**، بيروت، دار الجيل.
- الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود، (١٩٨٦). **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**. (ط٢)، بيروت: دار الكتب العلمية.
- لعشب، محفوظ بن حامد، **عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن**، رسالة ماجستير الجزائر.
- مالك بن أنس الأصبحي، (١٩٩٩)، **المدونة الكبرى رواية سحنون بن سعيد التنوخي عن الأمام عبد الرحمن بن قاسم**. (ط١). صيدا: المكتبة العصرية.
- مالك بن أنس، (١٩٩٧)، **الموطأ**، (ط١). دار أحياء التراث العربي.
- الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب، (١٩٩٤)، **الحاوي الكبير**. (ط١). بيروت: دار الكتب العلمية.
- المجاجي، محمد سكحال، (٢٠٠١)، **نظرية عقد البيع في الفقه المالكي**، بيروت، ابن حزم.
- مجلة الأحكام العدلية
- المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني إعداد المكتب الفني ١٩٨٥م
- المرداوي، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان، (١٩٩٧)، **الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد**. (ط١). بيروت: دار الكتب العلمية.
- **الموسوعة الفقهية**، (١٩٩٠)، الكويت، وزارة الأوقاف والشؤون الاسلامية.
- معوض، فؤاد محمود، (١٩٩٩)، **دور القاضي في تعديل العقد**.
- ابن مفلح، أبو إسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد، **المبدع في شرح المقنع**، (ط١)، بيروت: المكتب الإسلامي.
- ابن مفلح، محمد بن مفلح بن محمد المقدسي، **الفروع**، عالم الكتب.

- المطيعي، محمد نجيب، (٢٠٠١)، **تكملة المجموع**. (ط١). بيروت: دار إحياء التراث العربي.

- المناوي، محمد عبد الرؤوف، **فيض القدير**، دار الفكر للطباعة.

- المنبجي، أبو محمد علي بن زكريا، (١٩٩٤)، **اللباب في الجمع بين السنة والكتـــاب**. **(ط٢)**. دمشق: دار القلم.

- ابن منظور، أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرّم (١٩٩٢)، **لسان العــرب**. (ط٢). بيروت: دار أحياء التراث العربي.

- المواق ، محمد بن يوسف العبدري ، **التاج الاكليل لمختصر خليل**، دار الكتب العلمية.

- ابن مودود، عبد الله بن محمود الموصلي، **الاختيار لتعليــل المختــار**، بيـــروت: دار المعرفة.

- ميارة، محمد بن أحمد الفاسي، **الإتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام المعروف بشرح ميارة**، دار الفكر.

- أبو النجا، شرف الدين الحجاوي، **الإقناع في فقه الأمام احمد بن حنبل**، بيـــروت، دار الكتب العلمية.

- ابن النجار، محمد بن أحمد بن عبد العزيز الفتوحي الحنبلي، (١٩٩٣)، **شرح الكوكــب المنير**. الرياض: مكتبة العلكان.

- ابن نجيم، زين العابدين بن إبراهيم، (١٩٩٧). **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، (ط١). بيروت: دار الكتب العلمية.

- ابن نجيم، زين العابدين بن إبراهيم، (١٩٨٨)، **الأشباه والنظائر**، (ط١). صيدا: المكتبة العصرية.

- الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند،(٢٠٠٠)، **الفتاوى الهندية**، (ط١)، بيـروت، دار الكتب العلمية.

- النفراوي، أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا، **الفواكه الدواني**، دار الفكر.

- النووي، محيي الدين أبو زكريا يحيى بن شرف، (١٩٨٥). **روضة الطالبين وعمـدة المفتين**. (ط٢). بيروت: المكتب الإسلامي.

- النووي، محي الدين بن شرف، **تهذيب الأسـماء واللغـات**، مصـر، إدارة الطباعـة المنيرية.

- النووي، محي الدين يحيى بن شرف، **صحيح مسلم بشرح النووي**، (ط١)، بيـروت، الدار الثقافية العربية ١٩٣٠م.

- النووي، محي الدين أبو زكريا يحي بن شرف، (٢٠٠٠). **منهـاج الطـالبين**. (ط١). بيروت: دار البشائر الإسلامية.

- ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد، (١٩٩٥). **شرح فـتح القـدير**. (ط١). بيروت: دار الكتب العلمية

- ياسين، محمد نعيم، (١٩٩٩). **نظرية الـدعوى فـي الشـريعة الإسـلامية وقـانون المرافعات**. (ط١). عمان: دار النفائس

- ياسين، محمد علي، (١٩٨٧)، **عقد الصلح**، دار الفكر العربي.

- أبو اليزيد، علي المتيت، **ذاتية المعاملات الإسلامية**، الإسكندرية، المكتـب الجـامعي الحديث.

PRINCIPLES OF DISAGREEMENT BETWEEN CONTRACTORS

By
Wafa Abdul Muti Khalawi Khdair

Supervisor
Dr. Aref Abu Eid

ABSTRACT

This study examined the matter of Arbitration between the contractors, aiming to show the means of arbitration and solving problems between the contractors, if any conflict has raised on contract.

Because there are many field and possibilities of conflict, this study was done in eight chapters.

First Chapter shows the meaning of the contracting and conflict, and it shows some methods of solving conflicts between contractors such as judiciary and Arbitration.

In the Second Chapter I have discussed some of conflict principles in the original contract, and showing methods of solving the conflict if any party has pretended the invalidity of the contract, while the others pretended it's validity.

In The Third Chapter, I have discussed the different meanings of the contract's wordings, in which some words may bear more than one meaning, or it is customs used to determine a special meaning.

In the Fourth Chapter I have discussed conflicts caused when contractors don't agree on the contracting subject's such as the Compensation Contracts, Partnerships or Documentation, showing ways of alliances and its effects on the contract.

The Fifth Chapter, I discussed the contracts when there is a different in timings and conditions.

The Sixth Chapter, I discussed the principles of solving conflicts between contractors if there is a deficiency in contract's subject, wither the difference was in on the time of contract or the knowledge of it.

The Seventh Chapter, it examined two contracts, The Marriage Contract and the Surrender Contract, because these two contracts have special principles.

The Eighth Chapter, I explained the meaning of jesting and Formalities and examined some of its principles, and showed its effects on the contract.

